

UNIVERSITÉ DE PARIS
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

LE CONTRÔLE DE LA DIRECTION DES SOCIÉTÉS ANONYMES DANS LES PAYS DU MARCHÉ COMMUN

THÈSE

pour le Doctorat en Droit

présentée et soutenue le 11 décembre 1963

par

M. Yves DJIAN

Diplômé des Sciences Politiques
Avocat à la Cour d'Appel de Paris

Membres du Jury :

M. le Professeur LAGARDE,	Président.	
M. le Professeur GOLDMAN		} Assesseurs
M. le Professeur HÉMARD		

SIREY

PARIS

1965

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être consi-
dérées comme propres à leurs auteurs.*

UNIVERSITÉ DE PARIS
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

LE CONTRÔLE DE LA DIRECTION DES SOCIÉTÉS ANONYMES DANS LES PAYS DU MARCHÉ COMMUN

THÈSE

pour le Doctorat en Droit

présentée et soutenue le 11 décembre 1963

par

M. Yves DJIAN

Diplômé des Sciences Politiques
Avocat à la Cour d'Appel de Paris

Membres du Jury :

M. le Professeur LAGARDE,	Président.
M. le Professeur GOLDMAN	} Assesseurs
M. le Professeur HÉMARD	

SIREY

PARIS

1965



PRINCIPALES ABRÉVIATIONS UTILISÉES

A. N. S. A.	Association Nationale des Sociétés par Actions (France).
A. R.	Arrêté Royal (Belgique).
AKtG	Aktiengesetz (Loi allemande sur les sociétés anonymes).
B. V. G.	Betriebsverfassungsgesetz (Loi allemande sur la représentation des travailleurs).
L. C.	Lois coordonnées belges sur les sociétés commerciales.
L. S. C.	Lois sur les sociétés commerciales (Luxembourg).
W. K.	Wetboek van Koophandel (Code de commerce néerlandais).
D.	Répertoire Dalloz (France).
G. P.	Gazette du Palais (France).
J. C. P.	Jurisclasseur Périodique (France).
J. Soc.	Journal des Sociétés (France).
S.	Recueil Sirey (France).
Pas.	Pasierisie (Belgique).
Rev. prat. soc.	Revue pratique des sociétés (Belgique).



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546325_0040

PRÉFACE

Le juriste à la recherche de la société de type européen lira avec intérêt le livre de M. Yves Djian sur le contrôle de la direction des sociétés anonymes dans les pays du Marché Commun. La Faculté de droit et des sciences économiques de Paris a récompensé la rigoureuse méthode comparative suivie par l'auteur, la clarté et l'aisance du style, le sérieux de la recherche.

Sans doute le dessein principal de M. Djian est-il seulement de rechercher dans quelle mesure des emprunts aux législations du Marché Commun (voire, anticipation pour l'instant démentie, au droit anglais) seraient souhaitables pour améliorer le droit français des sociétés anonymes. Les réformateurs à l'échelle européenne doivent se préoccuper davantage de ce qui peut être accepté par les uns et par les autres, compte tenu des traditions et des susceptibilités nationales. Il demeure qu'ajoutées aux grandes collections de textes, comme les publications Jupiter, ou les Jura Europae, d'excellentes monographies, concentrées sur des problèmes bien délimités et joignant la synthèse à l'analyse, constituent les matériaux les plus utiles pour cette construction « diplomatique ».

Le contrôle de la Direction, c'est d'abord le contrôle comptable, celui de l'exactitude arithmétique et celui de l'exactitude matérielle des chiffres. Le principe en est admis dans tous les pays du Marché Commun. Mais seules les qualités d'indépendance et de compétence des contrôleurs assurent l'efficacité du résultat. La législation néerlandaise, demeurée la plus attachée à l'idée libérale de contrat, laisse aux statuts le soin de décider s'il sera nommé des commissaires et quelles conditions seront exigées d'eux. Elle se borne à exclure les administrateurs eux-mêmes. Partout ailleurs, des contrôleurs sont nommés, en principe par l'assemblée générale, la nomination judiciaire n'intervenant qu'à titre exceptionnel. On sait les critiques suscitées du fait que les assemblées sont le plus souvent aux mains du conseil, en sorte que les contrôleurs sont désignés par les contrôlés. Il faut mettre en contrepartie les responsabilités très lourdes qu'encourent les commissaires trop indulgents à l'égard des dirigeants et les correctifs résultant soit de la loi italienne, soit de la jurisprudence française qui exigent des motifs légitimes de révocation des sindaci et des commissaires aux comptes.

Quant à la compétence, l'auteur rend l'hommage traditionnel aux « auditors » britanniques et aux « Abschlussprüfer » des

sociétés allemandes. Pour tenir compte des possibilités de recrutement d'un corps de contrôleurs hautement qualifiés, les diverses législations ont réduit le nombre des sociétés anonymes soumises à leur contrôle tantôt en exigeant un capital minimum (Allemagne, Italie), tantôt en écartant les sociétés qui ne font pas appel au public (Belgique et France). Des garanties spéciales d'honorabilité figurent dans les lois belge, luxembourgeoise, italienne et française.

On trouvera des développements très nourris sur la matérialisation du contrôle : les rapports, le rapport général et les rapports spéciaux.

Beaucoup plus délicat est l'autre aspect du contrôle : celui de la gestion proprement dite. La distinction allemande du Vorstand et de l'Aufsichtsrat n'est pas si étrangère qu'on l'a cru parfois au système de la jurisprudence française, pour laquelle le conseil d'administration a comme mission essentielle de contrôler le Président-directeur général. Nos commissaires aux comptes au contraire (sauf dans le cadre de l'article 40 et, dans une certaine mesure, en ce qui concerne l'obligation de dénoncer les infractions) ne sont pas juges de la gestion alors que la thèse opposée est admise dans les pays du Bénélux et en Italie.

Les sympathies de l'auteur vont à un contrôle de cette gestion confié à des « administrateurs passifs », auxquels serait demandée une compétence très différente de celle qui est exigée des commissaires aux comptes. Passifs comme administrateurs, mais non pas comme contrôleurs, ils suppléeraient à l'inévitable carence des actionnaires. On aurait désiré peut-être sur ce dernier point une construction plus achevée ; mais le mérite essentiel de l'ouvrage est d'avoir très clairement montré pour les six pays ce qui existe, avec les avantages et les inconvénients, et d'avoir apporté des suggestions, à partir desquelles il peut être utilement réfléchi.

G. LAGARDE,

Professeur à la Faculté de Droit
et des Sciences économiques de Paris.

INTRODUCTION

A. — Intérêt du droit comparé européen en matière de sociétés anonymes

1. — ANALYSE GÉNÉRALE.

1. — La comparaison des diverses solutions dégagées par les législations de pays différents à propos d'une question juridique donnée ne répond pas à un simple souci de curiosité ; l'intérêt du droit comparé, en tant qu' « il rapproche et compare les règles » et les institutions des divers systèmes juridiques en vigueur « dans le monde » (1), se situe à des niveaux divers.

Les recherches du comparatiste constituent d'abord un précieux instrument de travail au service du praticien, non seulement en raison de la coexistence fréquente de plusieurs systèmes juridiques au sein d'un même Etat, mais encore par la multiplication et le développement des relations de toutes natures et spécialement des relations commerciales entre Etats différents ; sous cet angle elles ont d'ailleurs apporté une contribution importante au développement du droit international privé (2).

A un tout autre niveau, les matériaux fournis par l'étude comparée ont été utilisés par certains auteurs en vue de formuler une théorie générale du droit ou d'examiner le développement des institutions sous l'angle historique ou sociologique (3).

Entre ces deux extrêmes, il est devenu courant d'assigner au droit comparé deux missions essentielles :

— un rôle « éducatif » d'une part, dans la mesure où il permet au comparatiste de mieux comprendre son propre droit national, d'expliquer et d'analyser les avantages et les inconvénients de quelques-unes de ses solutions, jouant en quelque sorte dans l'espace un rôle analogue à celui qui est joué dans le temps par l'histoire du droit ;

— un rôle d'auxiliaire du législateur d'autre part et surtout,

(1) Arminjon, Nolde et Wolfe : *Traité de droit comparé*, 1950, t. I, p. 10.

(2) Cf. par ex. quest. de la *lex fori*.

(3) Voir sur cette conception « Gutteridge comparative law ». Trad. française sous la direction de R. David, chap. 1^{er}, p. 47 à 49, et la référence aux opinions de Pollock.

dans la mesure où il constitue un « instrument de politique législative » (4).

« Ceux qui élaborent les lois ou s'efforcent de les amender
« seraient imprudents et présomptueux s'ils ignoraient ce qui a
« été fait au-delà de leurs frontières et ne s'informaient pas des
« lois étrangères et des résultats qu'elles donnent pour leur
« emprunter ce qu'elles ont de bon après avoir établi les causes
« de leur succès ou de leur échec » (5).

2. — Cette utilité générale du droit comparé se trouve précisée et accrue encore lorsque ces recherches sont mises au service du droit commercial et spécialement du droit des sociétés par actions, droit affecté plus que tout autre par le développement des relations internationales, droit soucieux au premier chef d'assurer l'efficacité et la rapidité des opérations commerciales et de développer le crédit et l'épargne en les protégeant par des garanties appropriées.

En cette matière, les particularismes nationaux ont moins de prise en face des impératifs économiques communs.

En outre, le développement des relations commerciales a entraîné des interactions dans le domaine législatif plus sensibles ici qu'en toute autre matière (6).

L'institution du conseil de surveillance est d'origine hollandaise, de même que le mot action (Aktie). Le principe du droit de vote des actionnaires est une création anglaise et française. Les deux ont été étendus à bien d'autres pays. De tels exemples pourraient être multipliés à l'infini, de sorte que l'on a pu dire que la société par actions était « une institution internationale et « la création du travail commun des peuples civilisés » (7).

2. — BUTS DE LA PRÉSENTE ÉTUDE.

3. — Le dessein essentiel de tout comparatiste est de dégager des points communs, en l'espèce des constantes entre les différents régimes juridiques des sociétés anonymes dans les pays considérés, et de mettre en relief les différences essentielles qui séparent ces régimes en tentant d'expliquer et de porter sur elles

(4) J. Escarra : *Cours de droit commercial complémentaire*. Licence 3^e année, 1954-1955.

(5) Arminjon, Nolde et Wolfe, *op. cit.*, p. 11.

(6) « C'est en matière de sociétés par actions que les auteurs des lois nationales se préoccupent le plus des travaux législatifs des pays étrangers. La diversité des solutions ne peut faire oublier la presque identité des problèmes à résoudre » (Hamel et G. Lagarde : *Traité de droit commercial*, t. I, 1954, n° 520, p. 637).

Cf. également F. David : « La réforme de la législation des sociétés par actions d'après les enseignements du droit comparé » (*Rev. générale de droit commercial*, 1940-1941, p. 492).

(7) Cf. J. Escarra : *Droit commercial complémentaire*. Licence 3^e année, 1954-1955.

une appréciation critique. Mais il convient encore de définir l'objet plus particulier de la présente étude au regard des termes mêmes de la comparaison : la France et les autres pays de l'Europe des Six.

Le but de notre tentative est double :

4. — a) Sur le plan du droit français, tout d'abord la comparaison avec des pays assez proches du nôtre, non seulement géographiquement mais encore par l'histoire, nous servira d'outil pour tenter d'expliquer l'origine de certains mécanismes régissant la société anonyme dans notre pays, en un mot de mieux comprendre notre propre droit en la matière et d'apprécier, et de critiquer éventuellement, les solutions de notre législation des sociétés en les opposant aux solutions fournies par les législations de nos partenaires du Marché commun. Le droit comparé, dans la mesure où il nous permettra de proposer des réformes de notre législation nationale, jouera au premier chef son rôle d'« instrument de politique législative » sur le plan national.

Cette première optique explique la place particulière donnée à l'analyse des solutions françaises au cours de nos développements.

5. — b) Mais la comparaison des régimes juridiques des Sociétés anonymes dans les pays du Marché Commun présente également un intérêt sur le plan européen.

La méthode comparative, en permettant de dégager certaines tendances communes aux pays occidentaux, peut permettre de mettre en relief les premiers éléments d'une tentative d'unification du droit des sociétés (8). Or, précisément, le Traité de Rome du 25 mars 1957, instituant la Communauté économique européenne, contient dans sa troisième partie, relative à la politique de la communauté, un chapitre spécial intitulé « Le rapprochement des législations » (9).

5 bis. — Nous avons limité le titre de notre étude aux pays de l'Europe des Six, mais à l'occasion de chacune des questions que nous traiterons, nous ferons allusion aux solutions anglaises, non seulement parce que l'entrée de la Grande-Bretagne dans le Marché Commun est à l'ordre du jour, mais encore parce que la législation de ce pays, spécialement en ce qui concerne le contrôle, a pu, ou pourrait, servir de modèle aux autres législateurs européens.

L'unification du droit est un rêve qui n'est pas nouveau, mais l'harmonisation des législations, même en matière de sociétés par

(8) Sur ce point, voir travaux de l'Institut international pour l'unification du droit privé. Rapport U.D.P., 1951, Etudes XXVI.

(9) Traité de Rome, 25 mars 1957. Troisième partie, chapitre III, art. 100 et suivants.

actions, n'est pas chose facile tant elle se heurte à des particularismes nationaux vivaces.

6. — C'est au regard de ces impératifs pratiques d'unification et des obstacles techniques auxquels se heurterait une tentative générale d'harmonisation que l'on a proposé récemment une solution médiane qui consisterait en la création d'une « société commerciale de type européen » (10) qui viendrait s'ajouter aux types nationaux de sociétés existant déjà. Le rapprochement des législations nationales n'apparaîtraient alors que comme une étape ultérieure (11).

La forme juridique choisie pour cette société de type européen a été précisément la société anonyme (12).

Dès lors, la comparaison des régimes juridiques des sociétés anonymes dans les pays de l'Europe des Six sur une question déterminée peut apparaître comme une contribution aux recherches entreprises en vue de la création de cette société de type européen. Elle tend, comme le prévoit le Traité de Rome, à coordonner « en vue de les rendre équivalentes les garanties qui « sont exigées dans les Etats membres, des sociétés..., pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers » (13).

C'est précisément à ce souci de protéger les intérêts des associés et des tiers que répond l'institution du contrôle des sociétés anonymes.

B. — Domaine de l'étude : le contrôle de la direction des sociétés anonymes

7. — Pour définir le cadre qui constituera l'objet de la comparaison, il convient de rappeler d'abord quels sont les objectifs en présence afin de déterminer à quelles nécessités répond un semblable contrôle, de préciser ensuite sur le plan de la terminologie de quel contrôle il sera exactement question, de déterminer enfin sous quelle optique cette analyse sera entreprise.

1. — LES IMPÉRATIFS EN PRÉSENCE.

8. — a) Les objectifs d'une saine réglementation des sociétés anonymes peuvent se grouper autour de trois grandes idées qui

(10) Cf. Congrès international pour la création d'une société commerciale de type européen. Palais de Justice, Paris, 16-17-18 juin 1960. *Revue du Marché commun*, 1960, Suppl. au n° 27.

(11) Jean Chevallier : « Pour une société par actions de type européen ». *Banque*, 1960, p. 495.

(12) « La société anonyme constitue en effet la formule juridique la plus « propre à favoriser la concentration des capitaux qui est la condition du « succès du Marché commun » (J. Rault, Rapport général au Congrès pour la création d'une société commerciale de type européen, *op. cit.*, page 13).

(13) Traité de Rome, article 54.

ont servi, quelquefois ensemble, mais souvent à tour de rôle, de thème général aux travaux législatifs et spécialement aux réformes des sociétés anonymes dans chacun des pays considérés.

Le premier objectif assigné à la société anonyme est un objectif dynamique : stimuler l'esprit d'entreprise.

Le but principal d'une société est la recherche de bénéfices. Il faut donc, dans toute réglementation de la société anonyme, ne pas perdre de vue cet objectif de dynamisme, de rentabilité.

Mais il faut également favoriser le placement des capitaux dans ces sociétés et, pour ce faire, il faut défendre le crédit et protéger l'épargne ; ce sont là deux autres objectifs, à la réalisation desquels répond tout spécialement le contrôle de la direction.

9. — *b)* Pour stimuler l'esprit d'entreprise, il faut que la réglementation légale des sociétés anonymes permette à ces dernières de s'insérer dans la vie économique de manière dynamique. La conséquence est que les actionnaires doivent voir s'effacer leur pouvoir de gestion au profit d'un pouvoir dirigeant efficace capable de prendre des décisions rapides, en vue de l'accomplissement de l'objet social.

10. — Mais à l'inverse, et quelle que soit la manière dont on analyse la situation juridique de ce pouvoir dirigeant, mandataire des actionnaires ou organe de la société, il ne faut pas que ces dirigeants soient omnipotents.

Afin d'assurer la protection des actionnaires de la société, il est nécessaire de leur permettre de vérifier, de contrôler l'exercice que l'organe dirigeant fait des pouvoirs qui lui ont été conférés. « La nature même du contrat de société implique que l'on « reconnaisse un droit de contrôle étendu à tout associé qui ne « participe pas directement à la gestion sociale », a pu dire un ardent défenseur de la conception contractuelle de la société anonyme (14). Mais, si la justification du contrôle est différente, la nécessité en est tout aussi nette pour les partisans de la conception institutionnelle.

Que l'on considère le droit de contrôle de l'actionnaire comme une conséquence de son droit aux bénéfices, comme une conséquence de l'*affectio societatis*, ou plus simplement comme une garantie contre le risque de perte de son apport que court tout actionnaire, il est logique que ces associés qui ont aliéné une partie de leurs prérogatives puissent exercer directement ou par personnes interposées un contrôle sur les comptes et la gestion de la société.

(14) R. Granger : La nature juridique des rapports entre actionnaires et commissaires chargés du contrôle dans les sociétés par actions. Thèse Paris, 1950, n° 132, p. 169.

11. — Tout aussi nécessaire apparaît la protection des créanciers sociaux ; de par le risque qu'ils ont accepté de courir en prêtant de l'argent à la société, ils sont intéressés à la marche des affaires sociales. Il importe pour eux tout autant que pour les actionnaires que les comptes sociaux soient dûment vérifiés et que la gestion des dirigeants soit efficacement surveillée puisque, en définitive, c'est de la manière dont sera menée cette gestion que dépendra la solvabilité de la société, et l'intérêt d'un tel contrôle est spécialement important pour eux, s'agissant d'une société par actions dans laquelle la responsabilité des associés se trouve par définition limitée au montant de leurs apports.

12. — Le contrôle de la direction des sociétés anonymes répond ainsi à un double but : la protection des actionnaires et celle des créanciers ; mais au-delà de ces intérêts particuliers, ce sont deux des impératifs généraux que nous avons dégagés plus haut qui réapparaissent. C'est qu'en effet, de l'institution de garanties efficaces destinées à protéger les intérêts de ces deux catégories de personnes dépend en définitive la réalisation d'objectifs plus généraux et fondamentaux de toute saine législation des sociétés anonymes : la défense du crédit et la protection de l'épargne.

Les impératifs en présence et les buts du contrôle ainsi dégagés, il convient de préciser de quelle sorte de contrôle il sera question tout au long de cette étude.

2. — PRÉCISIONS DE TERMINOLOGIE.

13. — a) La notion de contrôle s'est trouvée par extension assez éloignée de sa signification originaire. C'est ainsi qu'en droit international privé, par exemple, on a pu utiliser pendant une période la notion de « contrôle » comme critère de la nationalité des sociétés (15), mais ce mot était alors synonyme de « mainmise » tel le « contrôle » exercé par la société mère sur ses filiales. Cette conception du contrôle « mainmise » constitue une conception extensive de la notion de contrôle et ce n'est pas sous cet angle que nous l'envisagerons ici.

Littre donne quatre sens au mot contrôle, notamment :

- 1° Registre double qu'on tient pour la vérification d'un autre...
- 2° Vérification administrative.
- 3° Fig. : Examen, censure... (16).

Nous nous tiendrons au sens strict du contrôle, sens lié à la notion de censure ; contrôler c'est « vérifier, examiner, surveiller, soumettre à une censure » (17).

(15) Hamel et G. Lagarde : *Traité de droit commercial*, t. I, 1954, n° 420, p. 506 à 508.

(16) Littre, t. II, p. 817. Voir contrôler.

(17) Dictionnaire Larousse, t. III. Voir contrôle, p. 242.

14. — *b)* Cette première remarque effectuée, il convient de circonscrire plus encore la question. Même en adoptant une conception stricte de la notion de contrôle, il apparaît en effet que cette question se présente sous divers aspects en matière de sociétés.

15. — Il est nécessaire tout d'abord de distinguer le contrôle interne, exercé par définition « de l'intérieur » de la société par des organes appropriés, du contrôle externe comme celui de l'Etat ou d'organismes tels que le Board of Trade en Grande-Bretagne.

Nous ne nous préoccuperons, sinon exclusivement, du moins à titre principal, que du contrôle « interne ».

16. — La question du contrôle même interne se pose à différents stades au cours de la vie d'une société et spécialement d'une société anonyme ; elle se pose et sous un aspect tout à fait particulier au moment de la constitution de la société et le problème de la vérification des apports en nature est un exemple de ce type de contrôle (18) ; la question se pose à nouveau en cours de vie sociale sous l'aspect du contrôle des comptes et de la gestion de la société.

17. — Enfin en ce qui concerne le type du contrôle ou les moyens par lesquels ce contrôle sera exercé, on doit encore distinguer le contrôle direct, tel celui exercé par les actionnaires eux-mêmes, par exemple par la communication de certains documents, du contrôle indirect par des intermédiaires chargés spécialement d'exercer cette fonction dans l'intérêt des actionnaires et des créanciers.

18. — Nous serons conduits à faire quelques allusions au contrôle de la constitution de la société ; nous dirons quelques mots du contrôle exercé par les actionnaires eux-mêmes sur la marche de la société ; mais ce qui fera tout spécialement l'objet de notre étude sera essentiellement *le contrôle exercé en cours de vie sociale par des fonctionnaires sociaux*.

19. — *c)* Une dernière observation d'ordre terminologique : en effet, à côté des difficultés terminologiques tenant à la notion même de contrôle que nous venons de définir, nous allons nous heurter fatalement à des obstacles de terminologie qui tiennent à la nature même du droit comparé et surtout aux difficultés d'ordre linguistique ; sous cet aspect, il va de soi que le plus souvent les traductions ne peuvent être qu'approximatives ; nous verrons tout au long de cette étude que souvent les notions juridiques ne se recouvrent pas et le problème le plus grave est

(18) Cf. par ex. Ripert : *Traité élémentaire de Droit commercial*, 4^e éd., t. I, n° 977, p. 419.

celui de l'absence d'équivalent exact à certains concepts. Pour éviter des confusions, il semble préférable de ne pas tenter de traduire certains termes afin de ne pas dénaturer le pouvoir ou la fonction qu'ils recouvrent. Néanmoins, le principe même de toute comparaison oblige à mettre face à face deux types ou plusieurs types de contrôle ou de contrôleurs dont les fonctions ne se recouvrent pas.

Cette observation nous amène d'ailleurs à préciser l'esprit dans lequel cette étude sera entreprise.

3. — ESPRIT DE L'ÉTUDE.

20. — Les buts généraux qui ont été énoncés plus haut conditionnent l'esprit de notre étude.

Du point de vue qui nous préoccupe, il ne saurait être question d'établir un répertoire de tous les points communs et de toutes les différences. Il n'y a pas, *a priori*, d'enseignement important à tirer de la comparaison des quorums exacts nécessaires à la désignation des commissaires aux comptes ou des membres des conseils de surveillance, ou des délais prévus pour la nomination des contrôleurs ou le dépôt de leur rapport ; ce qui importe, en revanche, pour le comparatiste, ce sont les ressemblances ou les différences de structure qui touchent aux caractéristiques essentielles du contrôle (19). Ce n'est que dans la mesure où la comparaison de certains détails éclaire des ressemblances ou différences structurelles ou révèle la conception adoptée par les pays considérés sur la question tant débattue de la nature juridique de la société anonyme que nous y procéderons.

Reste alors à adopter une méthode pour opérer cette comparaison.

C. — Plan de l'étude

21. — La première méthode consisterait à examiner dans une première phase chacun des systèmes en présence avant de tenter, dans une seconde, une synthèse comparative en dégagant seulement les points communs et les différences essentielles. Cette méthode offrirait l'avantage de situer de manière objective pour chacun des pays le régime du contrôle dans le cadre plus général du régime juridique de la société anonyme. L'inconvénient est de retarder la véritable comparaison jusqu'à la seconde partie. La première deviendrait un répertoire des solutions en présence et ferait double emploi avec d'autres études publiées sur le régime général des sociétés par actions, tels les recueils de la

(19) C'est l'idée adoptée par le congrès international pour la création d'une société commerciale de type européen. Paris, 1960 (Rapport général présenté par M^e Jean Rault), *op. cit.*, p. 16.

collection Jupiter (20) ou l'excellent ouvrage de M. Pierre van Ommeslaghe sur « Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé » (21).

22. — C'est pourquoi une seconde méthode nous a semblé préférable : partir de la notion même de contrôle en examinant comment ont été résolus les différents aspects de la question dans chaque pays considéré.

Contrôler c'est, avons-nous vu (22), « vérifier, examiner, surveiller, soumettre à une censure ».

Effectivement, le premier aspect sous lequel apparaît le contrôle dans les sociétés anonymes est l'aspect vérification ; il s'agit « d'examiner » si les comptes sociaux tels qu'ils ont été présentés sont exacts et s'ils correspondent bien à la réalité et par là de vérifier la régularité des opérations sociales sur le plan purement comptable.

Ce contrôle des comptes existe à des degrés divers dans chacun des pays considérés, mais il pose un certain nombre de questions relatives spécialement au choix des personnes chargées d'effectuer ce contrôle et à l'étendue des pouvoirs qui leur sont dévolus. C'est à l'analyse des solutions apportées par les pays de l'Europe des Six à chacune de ces questions que sera consacrée notre première partie : le contrôle des comptes de la société.

23. — Mais ce contrôle « vérification » est-il suffisant, l'examen de la régularité de la comptabilité permet-il d'apporter toutes garanties aux actionnaires et aux créanciers de la société, eu égard aux impératifs en présence ? Ne faut-il pas dépasser ce simple contrôle comptable et doubler cette vérification d'une véritable surveillance de la gestion sociale ?

C'est à l'examen de cette question que sera consacrée notre seconde partie : le contrôle de la gestion sociale.

Première Partie. — Le contrôle des comptes.

Deuxième Partie. — Le contrôle de la gestion.

(20) Recueils pratiques du droit des affaires dans les pays du Marché commun. Collection Jupiter.

(21) Pierre van Ommeslaghe : *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*. Préface J. Van Ryn. Bruxelles, 1960.

(22) Voir *supra*, n° 13.

PREMIÈRE PARTIE

LE CONTROLE DES COMPTES

24. — La nécessité d'un contrôle des comptes des sociétés anonymes a été ressentie depuis fort longtemps dans tous les pays de l'Europe des Six, comme a été ressentie l'idée que ce contrôle ne peut être exercé directement par les associés et qu'en conséquence il était nécessaire de créer un organe spécialement habilité à cette fin.

Dans chacune des législations considérées, comme en Grande-Bretagne d'ailleurs, un système de contrôle comptable a été prévu et réglementé légalement.

C'est dire que les différences entre les solutions proposées dans chacun des six pays du Marché commun ne concernent pas le principe même du contrôle comptable, car la nécessité en est reconnue partout, mais seulement les modalités de la mise en œuvre du système de contrôle.

Avant d'examiner ces modalités pratiques du contrôle des comptes, il convient de broser un rapide tableau des six législations des sociétés anonymes.

TABLEAU DES SOURCES LÉGISLATIVES DU DROIT DES SOCIÉTÉS ANONYMES DANS LES SIX ÉTATS

1. — FRANCE.

25. — Le code de commerce de 1807 soumettait la création des sociétés anonymes à l'autorisation préalable du gouvernement, autorisation qui était donnée par décret pris en Conseil d'Etat (1).

Soixante années après, la loi du 24 juillet 1867, qui est restée « l'armature centrale de notre législation des sociétés par actions » (2), a instauré la liberté de constitution en déclarant en son article 21 : « A l'avenir, les sociétés anonymes pourront se former sans l'autorisation du gouvernement ». Cette loi consacrait la conception contractuelle de la société anonyme qu'elle dotait d'une organisation démocratique dans laquelle le rôle prépondérant était dévolu à l'assemblée générale des actionnaires qui choisissaient des mandataires chargés de la gestion sociale et des mandataires chargés de faire un rapport sur les comptes annuels (commissaires aux comptes) (3). En pratique, il était nécessaire de charger une personne d'exécuter les décisions des administrateurs et de les préparer, de sorte que le conseil d'administration désignait un de ses membres qui prenait le titre d'administrateur délégué ou de directeur général (4).

26. — La loi du 24 juillet 1867 a été rajeunie par une série de textes dont les plus anciens sont restés dans la ligne du capitalisme libéral. Cependant, le développement et la grande activité des sociétés anonymes ont appelé l'attention sur les dangers qu'elles peuvent faire courir à l'économie. Certains scandales financiers ont mis en relief les abus auxquels pouvait donner lieu

(1) Ripert : *Traité élémentaire de Droit commercial*, 4^e éd., avec le concours de P. Durand et R. Roblot, t. I, n° 886, p. 439.

(2) Hamel et G. Lagarde : *Traité de Droit commercial*. Paris, 1954, t. I, n° 518, p. 633.

(3) Hamel et G. Lagarde, *op. cit.*, n° 518, p. 634.

(4) « La construction juridique était entièrement fondée sur la notion de mandat. Les administrateurs, mandataires des associés, choisissaient eux-mêmes un mandataire qui, par rapport à la société, se trouvait dans la situation d'un mandataire substitué » (Ripert, *op. cit.*, n° 1160, p. 557).

une législation trop souple et ont créé un mouvement d'opinion en faveur de la protection de l'épargne, c'est-à-dire essentiellement de l'actionnaire et de l'obligataire. Plusieurs projets de réforme se sont alors succédés, jusqu'aux décrets du 8 août 1935 et du 30 octobre 1935 qui ont édicté un certain nombre de causes d'incapacité en ce qui concerne le choix des administrateurs des sociétés anonymes, ont réformé l'organisation du contrôle qu'ils ont rendu plus rigoureux, enfin et surtout ont établi une distinction importante entre les sociétés faisant appel à l'épargne publique et les autres, le contrôle étant plus strict dans les premières que dans les secondes.

La loi du 18 septembre 1940, remplacée deux mois plus tard par celle du 16 novembre 1940, elle-même modifiée par la loi du 4 mars 1943, a traduit le désir du législateur de lutter contre l'éparpillement des responsabilités. Le président du conseil d'administration de la société anonyme est devenu directeur général, la loi l'a rendu responsable dans certains cas du passif social (5).

27. — De toutes ces réformes, et de beaucoup d'autres, aucune n'a, dans sa lettre du moins, modifié le cadre et la nature juridique de la société anonyme : théoriquement, la société anonyme est toujours un contrat ; les actionnaires sont les maîtres de la société, ils désignent des mandataires pour l'administrer ; l'assemblée générale est réputée détenir le pouvoir suprême (6). La réalité est pourtant différente : les actionnaires se désintéressent de l'administration de la société et les différentes interventions législatives ont créé autant de limites à la liberté contractuelle destinées à protéger les actionnaires, de sorte que l'on peut se demander si la société anonyme est toujours un contrat et n'est pas plutôt devenue une véritable institution légale (7).

A la suite de ces textes successifs, qui ont modifié sur des points particuliers la loi de 1867, on a pu considérer que le droit français des sociétés et spécialement des sociétés anonymes était devenu « un véritable manteau d'Arlequin » (8).

28. — La rédaction d'un code des sociétés est à l'ordre du jour et depuis plusieurs années un certain nombre de projets de réforme se sont succédés. Le projet initial est l'œuvre de la commission présidée par le professeur Amiaud. L'exposé des motifs de cet avant-projet de loi sur la réforme des sociétés

(5) Sur la loi du 16 novembre 1940, voir G. Lagarde, S. 1941, L. 653 ; Gordonnier, D. C. 1941, L. I ; J. Michel, G. P. 1940, II, Doctr. 75 ; sur la loi du 4 mars 1943, D. Bastian, J. C. P. 1943, I, 348 ; J. Michel, G. P. 1943, I, Doctr. 39.

(6) Ripert, *op. cit.*, n° 908, p. 450.

(7) Ripert, *op. cit.*, n° 907, p. 449.

(8) Maurice Polti.

commerciales souligne que « la législation des sociétés est constituée en France par un ensemble de textes dont la complexité est allée croissante depuis la rédaction des grands codes napoléoniens » (9) ; que la loi de 1867 a subi 31 modifications ; qu'enfin l'entrée en vigueur du Traité de Rome et la multiplication des contacts commerciaux entre les ressortissants des six pays signataires qui en est résultée, accentuent encore « les inconvénients du caractère disparate de la législation française » (10).

Ce projet a été soumis à une commission présidée par M. René Pleven qui a présenté au Garde des Sceaux un rapport et un projet de nouveau code des sociétés le 29 janvier 1962. La commission Pleven a repris les grandes lignes de l'avant-projet :

« — Distinction entre les sociétés « ne faisant pas publiquement appel à l'épargne » et celles faisant publiquement appel à l'épargne.

« — Protection des actionnaires par une meilleure information, « des pouvoirs étendus et un contrôle efficace » (11).

Elle a cherché parfois à les renforcer, parfois à les amender lorsque leur application se heurterait à des difficultés pratiques.

29. — C'est à ce projet de la commission Pleven que nous nous référerons tout au long de notre étude. Ce n'est pourtant pas le dernier en date, car récemment le Garde des Sceaux, M. Jean Foyer, a confié à un groupe de juristes, le soin de préparer une rédaction nouvelle du code des sociétés en vue de sa présentation au Parlement. Le but de ce nouveau projet est essentiellement de simplifier le texte déjà établi, mais les résultats de ces travaux n'ont pas été publiés à ce jour (12).

2. — BELGIQUE.

30. — L'évolution de la législation belge des sociétés anonymes apparaît proche de celle qui a été constatée en France. Le code de commerce de 1807 soumettait la création des sociétés anonymes à l'autorisation du gouvernement. Il fut réformé par la loi du 18 mai 1873. La création d'une société anonyme devenait libre, mais les actes essentiels de la société étaient soumis à publicité ; plusieurs textes postérieurs ont essayé de limiter les abus possibles, notamment la loi du 25 mai 1913 qui a introduit des dispositions destinées à protéger le public contre les manœuvres

(9) Avant-projet de loi sur la réforme des sociétés commerciales. Commission Amiaud, Exposé des motifs, p. 1.

(10) Avant-projet, p. 1.

(11) Rapport de la commission chargée de l'examen du projet de réforme du droit des sociétés (Commission Pleven), p. 4.

(12) Sur ce projet, cf. « La réforme du droit des sociétés anonymes », — J. Hémard : *Cours Doctorat*, 1961-1962, non publié.

éventuelles des fondateurs de la société, et surtout la loi du 1^{er} décembre 1953 qui, à l'instar de la législation française, a prévu des dispositions particulières en ce qui concerne le contrôle des sociétés faisant appel à l'épargne publique.

L'ensemble des lois et arrêtés a été coordonné par l'arrêté royal du 30 novembre 1935, de sorte que les sociétés anonymes sont régies par les lois coordonnées sur les sociétés commerciales qui forment le titre IX du livre 1^{er} du code commerce (13).

L'administration de la société anonyme belge est confiée à un conseil d'administration composé de trois membres au moins qui peuvent n'être pas actionnaires, sont élus pour 6 ans et sont révocables *ad nutum* (14). Sous réserve de dispositions particulières, le conseil a le pouvoir de faire tous actes d'administration.

La gestion journalière des affaires de la société ainsi que la représentation de la société peuvent être déléguées soit à un administrateur délégué, soit à un ou plusieurs directeurs, associés ou non (15). Leur nomination, révocation et attributions sont déterminées par les statuts ; à défaut d'indication dans les statuts, le conseil d'administration peut déléguer un de ses membres à cette gestion (16). Le législateur a prévu enfin que la surveillance de la société serait confiée à un ou plusieurs commissaires, associés ou non (17).

C'est dire que la conception belge de la société anonyme est très proche de la conception contractuelle, les rapports entre l'administrateur délégué et le conseil d'administration et entre les administrateurs et la société sont régis essentiellement par les règles du mandat (18).

3. — LUXEMBOURG.

31. — Le législateur luxembourgeois a repris dans l'ensemble, à quelques exceptions près, les dispositions belges. Le code de commerce de 1807 a été aboli par la loi du 16 avril 1879. La loi de base actuelle est celle du 10 août 1915 ; elle s'inspire très nettement de la loi belge du 18 mai 1813 et a été amendée à plusieurs reprises.

Le régime de l'administration de la société anonyme est à peu de chose près le même qu'en droit belge. Pour ce qui est du contrôle, il est à noter que les dispositions de la loi belge du

(13) Jean Van Ryn : *Principes de Droit commercial*, t. I. — Jacques Van Wynendaele et Hippolyte Wouters : *Le droit des sociétés anonymes dans les pays de la Communauté économique européenne*. Bruxelles, 1961, n° 1, p. 107.

(14) Lois coordonnées, art. 55.

(15) Roger Adolphe Lacan : *Pour une société anonyme de type européen*.

(16) Louis Frédéricq : *Principes de droit commercial belge*. Gand, Van Rysselberghe et Rombaut, 1928, t. V, n° 457.

(17) Lois coordonnées, art. 64.

(18) Jacques Van Winendaele et Hippolyte Wouters, *op. cit.*, n° 62, p. 135, et n° 66, p. 137.

1^{er} décembre 1953 concernant l'organisation du contrôle des sociétés faisant appel à l'épargne publique n'ont pas été introduites au Luxembourg.

Bien entendu, comme en Belgique, la conception contractuelle de la société anonyme reste dominante.

4. — ITALIE.

32. — Après les guerres napoléoniennes qui avaient introduit en Italie la législation française, une première codification du droit commercial est réalisée en 1865, puis une seconde en 1882, inspirée du régime belge.

Le régime actuel est régi par le code civil du 21 avril 1942, modifié en certains points par des lois et arrêtés subséquents. En Italie, l'unification du droit privé a en effet été réalisée.

Les textes italiens ont été admirablement rédigés et sont d'une grande perfection technique. Le législateur s'est refusé à donner l'appellation de société anonyme car il estime que l'on doit faire une place relativement marquée à la personnalité des dirigeants ; il s'en tient au concept de société par actions et, tout en laissant une place importante à la conception contractuelle, il a instauré un régime plus « organique » que ceux qui viennent d'être rapidement rappelés et mis l'accent sur les rapports entre la notion d'entreprise et de société, réservant notamment la forme de la société par actions aux entreprises importantes (19).

L'administration de la société est également confiée à un conseil dont les membres, associés ou non, sont élus pour trois ans et révocables *ad nutum* sous réserve d'une indemnisation en l'absence de justes motifs (20). Le contrôle est assuré par un collège de contrôleurs (*sindaci*) dont les règles de nomination et les pouvoirs sont déterminées par la loi avec une assez grande précision.

5. — ALLEMAGNE.

33. — Le régime allemand est celui qui rompt le plus radicalement avec la conception contractuelle.

La société anonyme a fait son apparition en Allemagne sous l'influence étrangère et spécialement française. Le code de commerce de 1861 (Code de Nuremberg) avait instauré une autorisation gouvernementale obligatoire (*Konzessions system*). Il fut remplacé en 1870 par un système souple.

Ce régime a donné lieu à un certain nombre d'abus à la suite desquels une loi du 18 juillet 1884 réorganisa l'administration des sociétés anonymes en distinguant trois fonctions : celles de

(19) J. Escarra : *Cours de Droit commercial complémentaire*. Licence 3^e année, 1954-1955.

(20) R. A. Lacan, *op. cit.*

gestion et de représentation dévolues au Vorstand, celles de délibération appartenant à l'assemblée générale et celles de contrôle pour lesquelles il créait un nouvel organe, l'Aufsichtsrat ou conseil de surveillance.

Les abus ne cessèrent point tout à fait et l'on constata assez souvent des confusions frauduleuses entre les membres du Vorstand et ceux de l'Aufsichtsrat.

Le nouveau code de commerce du 10 mai 1897 reprit les dispositions de la loi de 1884 en les corrigeant sur certains points et surtout en scindant définitivement les fonctions du Vorstand et celles de l'Aufsichtsrat.

Certains auteurs ont pu considérer que le droit allemand des sociétés anonymes ne différait pas profondément à cette époque de la conception française (21). En réalité, il apparaît que le régime allemand était déjà beaucoup plus organisé que le nôtre qui traduisait un émiettement des attributions et un éparpillement des responsabilités (22).

34. — Mais c'est surtout la loi du 30 janvier 1937 qui constitue la charte de la société anonyme allemande ; elle est l'expression, dans le domaine des sociétés anonymes, du nouveau régime politique.

Le principe qui domine l'organisation de la société est le même que celui qui présidait aux destinées politiques de l'Allemagne : le principe du chef (Führerprinzip) ; c'est dire que la loi de 1937 a renforcé considérablement les pouvoirs et la responsabilité de la direction et réduit parallèlement le rôle de l'assemblée générale des actionnaires dont la mission principale « ne consiste plus qu'à prendre une décision sur la décharge à donner à la direction et au conseil de surveillance » (23). En outre, les attributions, les pouvoirs et la responsabilité de la direction et du conseil de surveillance sont organisés de façon minutieuse par le législateur.

Enfin, le législateur allemand a multiplié et superposé les contrôles comptables aux différents stades de la vie de la société. Il a confié le contrôle des comptes en cours de vie sociale aux abschlussprüfer qui sont en quelque sorte les contrôleurs ordinaires des comptes, à côté des commissaires à la fondation et de certains vérificateurs spéciaux nécessaires pour certaines opérations particulières, telles la réduction du capital social.

Comme en France, un projet de réforme du droit des sociétés anonymes a été établi en Allemagne (24). Ce projet s'inscrit

(21) En ce sens, Ripert, *op. cit.*, n° 899, p. 445.

(22) En ce sens, Roger Beau : *Etude comparative des organes de direction de la société anonyme en droit français et en droit allemand*. Thèse Paris, 1944.

(23) P. Baudouin-Buguët et G. Gozard : *La direction des sociétés par actions en France et en Allemagne*, 1941, p. 103.

(24) Cf. Etienne Cerexhe : *Le projet de réforme du droit des sociétés anonymes en Allemagne*. *Revue du Marché commun*, 1960, p. 420.

dans une perspective économique et politique, mais ne modifie pas profondément la structure du régime actuel.

6. — PAYS-BAS.

35. — A l'opposé du système allemand, la législation hollandaise des sociétés anonymes apparaît beaucoup moins élaborée. De tous les pays européens, le régime hollandais est celui qui fait la plus large place à la conception contractuelle.

Ce régime qui date de la loi du 2 juillet 1928 est extrêmement souple et accorde un rôle important au pacte social. L'assemblée générale nomme le directeur ou le conseil de direction (Raad van Bestuur) et peut éventuellement lui adjoindre un conseil d'administration. A moins de restrictions prévues par les statuts, la direction est chargée de la gestion totale des affaires de la société, de l'administration de son patrimoine et de sa représentation en justice (25).

En ce qui concerne le contrôle, le législateur hollandais ne l'a pas plus organisé que l'administration proprement dite. Il se réfère sur ce point encore aux statuts en décidant que la surveillance de la direction de la société peut être exercée facultativement par un ou plusieurs commissaires. L'acte constitutif doit alors définir leurs attributions (code de commerce, art. 50). La seule disposition originale de la loi néerlandaise est la distinction des sociétés ouvertes et fermées, dont le critère est d'ailleurs assez mal défini.

Autrement dit et à quelques exceptions près, la société anonyme hollandaise est essentiellement un contrat dont il appartient aux parties d'établir les modalités. Le législateur n'a fourni qu'un cadre juridique extrêmement souple se référant expressément sur de nombreuses questions à la volonté des parties.

36. — Ces diverses tendances entre la conception contractuelle et la conception institutionnelle apparaissent assez nettement lorsque l'on analyse le régime du contrôle des comptes dans chacun des six pays.

Notre étude portant uniquement sur la comparaison des régimes de contrôle de la direction et non sur celle des statuts des contrôleurs, certaines questions relatives exclusivement à ce statut, comme par exemple la responsabilité, ne seront pas examinées ici.

L'objet essentiel de notre recherche comparative est la fonction de contrôle comptable dans les six pays en présence.

Il apparaît cependant que l'efficacité de cette fonction, et par là même le résultat du contrôle des comptes, se trouvent conditionnés par une question préalable relative au choix des censeurs

(25) R. A. Lacan, *op. cit.*

et plus précisément par l'existence ou l'absence de certaines garanties exigées dans leur recrutement.

C'est à ces deux points de vue, celui du choix des contrôleurs comptables et celui de la détermination de leurs fonctions, qu'il nous faut nous placer pour examiner les systèmes en présence et tenter d'en dégager des enseignements.

Titre I. — Le choix des contrôleurs des comptes.

Titre II. — La fonction de contrôle comptable.

TITRE PREMIER

LE CHOIX DES CONTROLEURS DES COMPTES

37. — Deux questions essentielles se posent : par qui et dans quelles conditions seront choisis et révoqués les contrôleurs des comptes, quelles personnes pourront exercer les fonctions de censeurs de la comptabilité.

A travers chacune apparaîtra en filigrane le problème plus général de la nature juridique des rapports entre les contrôleurs et les actionnaires. Les contrôleurs des comptes sont-ils des mandataires des actionnaires tirant d'eux seuls leurs pouvoirs, ou des organes de la société au statut légalement et étroitement réglementé ?

CHAPITRE I

NOMINATION ET RÉVOCATION DES CONTROLEURS

Section I. — Nomination

§ 1. — ANALYSE DES DIFFERENTS MODES DE NOMINATION

38. — La comparaison des législations des six pays du Marché commun fait apparaître trois grands modes de nomination des contrôleurs, en liaison directe avec les conceptions diverses de la nature juridique de la société anonyme.

A. — Nomination statutaire

39. — C'est le système qui cadre le mieux avec la conception contractuelle.

Seule la législation néerlandaise a abandonné aux statuts sociaux le rôle essentiel en cette matière. L'existence même d'un contrôle comptable aux Pays-Bas est en effet subordonnée à l'existence d'une disposition expresse des statuts qui déterminent avec la même liberté le nombre des contrôleurs ; en outre, si les commissaires sont, en cours de vie sociale, nommés en principe par l'assemblée générale, les premiers peuvent être nommés dans les statuts (1). Les statuts, souverains sur le principe même de la nomination de censeurs, ont également un rôle important en ce qui concerne certaines modalités de nomination : ils peuvent préciser, par exemple, que la nomination par l'assemblée générale aura lieu sur une proposition qui indique au moins deux personnes pour chaque place vacante. L'assemblée générale ne pourra alors refuser de suivre cette proposition que par une décision prise aux deux tiers des voix exprimées et représentant plus de la moitié du capital social (2). Enfin les statuts ne peuvent porter qu'un ou plusieurs commissaires, mais au maximum un

(1) Wetboek van Koophandel (Code de commerce), art. 50.

(2) Wetboek van Koophandel, art. 50 c.

tiers du nombre total, seront nommés par d'autres que l'assemblée générale (3).

40. — Mise à part la solution hollandaise qui, sur ce point encore, marque l'importance de la conception contractuelle, l'ensemble des autres législateurs européens n'ont accordé aux dispositions statutaires qu'un rôle très limité. Si le code civil italien prévoit que les premiers contrôleurs doivent être nommés dans les statuts (4), le législateur français confie cette nomination à l'assemblée constitutive. En Belgique et au Luxembourg enfin, les contrôleurs ne peuvent en aucun cas être désignés dans l'acte constitutif (5).

B. — Nomination par l'assemblée générale

41. — C'est la solution la plus généralement admise ; elle découle de l'idée que l'assemblée générale est, au moins en théorie, l'organe souverain de la société anonyme et elle se trouve appliquée même par les législations qui sont le plus éloignées de la conception contractuelle.

C'est ainsi qu'en Allemagne les contrôleurs des comptes ordinaires (*abschlussprüfer*) sont nommés par l'assemblée générale qui peut également désigner des vérificateurs spéciaux pour certaines opérations particulières, par exemple afin d'examiner les mesures prises en vue de la constitution ou de la réduction du capital.

C'est également l'assemblée générale ordinaire qui, en France, nomme en cours de vie sociale les commissaires aux comptes (Loi du 24 juillet 1867, art. 32).

La solution est la même en ce qui concerne les commissaires belges (6) et luxembourgeois (7) et le collège des contrôleurs italiens (*sindaci*) (8), à l'exception des premiers contrôleurs (9).

Même aux Pays-Bas, lorsque les statuts prévoient l'existence de contrôleurs, c'est en principe à l'assemblée générale qu'il appartient de les désigner (10).

Ajoutons enfin que le législateur britannique a également consacré cette solution en confiant la nomination des contrôleurs à l'assemblée générale annuelle des actionnaires (art. 132), en assortissant ce principe de deux exceptions, d'application assez rare : si la désignation des contrôleurs n'a pas été effectuée par l'assemblée générale, le Board of Trade pourra, à la demande

(3) Art. 50 c, al. 2. Cf. J. Van Wynendaele et H. Wouters, *op. cit.*, n° 76, p. 352.

(4) Code civil italien, art. 2400, al. 1^{er}.

(5) J. Van Wynendaele et H. Wouters, *op. cit.*, n° 76, p. 139 et 184.

(6) L. C., art. 64, al. 2.

(7) L. S. C., art. 61, al. 2 et 5.

(8) Code civil, art. 2400, al. 1^{er}.

(9) Voir *supra*, p. 41.

(10) W. K., art. 50 c.

de tout membre de la société, nommer un contrôleur pour l'année en cours ; les premiers contrôleurs pourront être nommés par les administrateurs avant la première assemblée générale et conserveront leur poste jusqu'à cette assemblée (11).

C. — Nomination judiciaire

42. — Ce n'est en général que dans des cas exceptionnels qu'est prévue la nomination judiciaire des contrôleurs. Il s'agit le plus souvent d'éviter dans certaines circonstances particulières des abus possibles. C'est le cas en Allemagne pour la nomination des commissaires à la fondation lorsque, parmi les fondateurs, se trouve un futur membre du Vorstand ou de l'Aufsichsrat, d'ores et déjà désigné, que des actions ont été souscrites pour le compte d'un de ces futurs membres, ou lorsque ces derniers se sont réservés des avantages particuliers, telle une indemnité ou une rémunération pour la fondation ou sa préparation ; enfin lorsqu'il existe des apports en nature ; c'est également le cas en cours de vie sociale, lorsqu'il existe des soupçons motivés d'irrégularités ou de graves infractions à la loi ou aux statuts et que l'assemblée générale ayant refusé une demande en ce sens, des actionnaires groupant un dixième du capital social ont demandé au tribunal de nommer des vérificateurs spéciaux (Loi du 30 janvier 1937, art. 136) (12).

43. — La nomination judiciaire a été également prévue par le législateur français : lorsque l'assemblée n'a pas procédé à la nomination ou qu'un ou plusieurs de ceux par elle désignés ont été empêchés ou ont refusé, le président du tribunal de commerce procède à la nomination. Il statue par voie gracieuse lorsqu'il s'agit d'une société ne faisant pas appel à l'épargne publique, par voie contentieuse dans le cas contraire.

44. — Il nous faut enfin faire mention d'une disposition originale du code civil italien qui, pour n'être pas à proprement parler une nomination judiciaire, constitue une nomination par un organe ou une autorité extérieure à la société. En application de l'article 2458, al. 1^{er} du code civil italien, en effet, si l'Etat ou des personnes morales publiques ont des participations dans une société par actions, les statuts peuvent leur conférer le pouvoir de nommer un ou plusieurs commissaires.

D. — Solution proposée

45. — En définitive, la solution la plus généralement admise par les pays du Marché commun est la nomination des contrô-

(11) Serge Blind : *La présentation et le contrôle des comptes des sociétés anonymes en Angleterre et en France*, 1945.

(12) Voir sur ce point P. Van Ommeslaghe : *Le régime des sociétés par actions en droit comparé*. Bruxelles, 1960, n° 88, p. 160.

leurs par l'assemblée des actionnaires. Ce principe n'est pas à l'abri de toute critique ; on a souligné en particulier l'inefficacité du contrôle en Italie et observé que ce contrôle risquait de devenir purement formel en ajoutant qu'« il faut probablement voir la raison de cet inconvénient dans le fait que les contrôleurs tiennent leurs pouvoirs de l'assemblée qui habituellement est précisément dominée par les administrateurs » (13), c'est-à-dire par ceux qu'ils sont chargés de contrôler.

Il nous semble cependant souhaitable de maintenir une telle solution, non seulement parce qu'elle est presque universellement adoptée, mais encore parce que, malgré l'évolution de la nature juridique de la société anonyme et quelle que soit la conception adoptée à cet égard, le but premier du contrôle étant la protection des actionnaires, c'est à ces actionnaires réunis en assemblée générale que doit appartenir le pouvoir de désigner les contrôleurs, les autres modes de nomination et notamment la nomination judiciaire ne devant intervenir qu'à titre exceptionnel pour limiter certains abus éventuels.

46. — C'est d'ailleurs la solution qui a été retenue en France par le projet de réforme proposé par la Commission Pleven. Ce texte, qui n'a pas retenu les dispositions de l'article 890 de l'avant-projet gouvernemental instituant un « commissaire de minorité » a proposé une procédure de récusation du commissaire aux comptes désigné par l'assemblée générale : un ou plusieurs actionnaires représentant un dixième du capital social peuvent saisir le tribunal de commerce d'une demande de récusation dans le délai d'un mois à compter de la désignation contestée. Si le tribunal fait droit à cette demande, il nomme un ou plusieurs commissaires aux comptes (14).

Ce procédé paraît directement inspiré des dispositions de l'article 136 de la loi allemande du 30 janvier 1937 (15). La Commission a proposé en outre la possibilité, pour des actionnaires représentant au moins le vingtième du capital social, de désigner un mandataire judiciaire *ad hoc* en vue de procéder à des missions de contrôle déterminées (16).

De tels procédés, doivent à notre sens être approuvés, car tout en respectant la souveraineté de principe de l'assemblée générale et l'idée que les contrôleurs des comptes sont chargés d'une mission au nom de l'ensemble des associés et non d'une fraction d'entre eux, ils apportent des correctifs aux abus possibles du droit de majorité.

(13) Rec. prat. de droit des affaires dans les pays du Marché commun (Collection Jupiter), V. Italie, n^{os} 15-47.

(14) Texte proposé par la Commission Pleven, art. 252 (nouveau).

(15) Cf. *supra*, p. 55, n^o 45.

(16) Texte proposé par la Commission Pleven, art. 262 (nouveau).

§ 2. — TABLEAU SYNOPTIQUE

47.

	Organe compétent pour nommer les contrôleurs	Nombre de contrôleurs	Durée des fonctions
<i>Allemagne</i> (Abschlussprüfer)	Assemblée générale possibilité de nomination judiciaire dans certains cas particuliers (art. 136 AktG)	Un ou plusieurs (art. 135 al. 1 AktG)	Pas d'indication dans la loi
<i>Belgique et Luxembourg</i> (Commissaires)	Assemblée générale jamais dans l'acte constitutif	Fixé souverainement par Assemblée générale Jamais plus de 6	6 ans
<i>Italie</i> (Collegio sindacale)	— Premiers : statuts — Suivants : Assemblée générale — Si Etat ou pers. morales publiques ont des participations, statuts peuvent leur conférer un droit de nomination	3 ou 5 membres titulaires + 2 suppléants	3 ans
<i>Pays-Bas</i> (Commissaires)	Nomination de contrôleurs facultative Si statuts exigent contrôleurs nomination par Assemblée générale. Premiers contrôleurs peuvent être désignés dans les statuts	Facultatif (Statuts déterminent ce nombre)	Déterminée par les statuts
<i>France</i> (Commissaires aux comptes)	— Premiers : Assemblée constitutive — Suivants : Assemblée générale A défaut : Président tribunal de commerce	Loi 1867 : « un ou plusieurs » Avant-projet de réforme : idem En général : 2	3 ans Avant-projet de réforme : 6 ans
<i>Angleterre</i> (Auditors)	Assemblée générale annuelle — A défaut : Board of Trade peut nommer — Premiers peuvent être nommés par administrateurs	Un ou plusieurs	1 an

Section II. — Révocation

48. — Plus encore que la question de la nomination des contrôleurs, celle des conditions de leur révocation va permettre d'éclairer la nature juridique des rapports entre ces contrôleurs et les actionnaires et par là celle de la nature juridique de la société anonyme. Il convient, pour ce faire, non seulement de déterminer à qui appartient le pouvoir de révoquer les contrôleurs, mais encore et surtout de rechercher dans chacun des pays considérés si ce pouvoir de révocation est discrétionnaire ou s'il a été enfermé dans des limites légales ou jurisprudentielles.

§ 1. — A QUI APPARTIENT LE POUVOIR DE REVOQUER LES CONTROLEURS ?

49. — Le principe général dans tous ces pays est que le pouvoir de révoquer les contrôleurs appartient de façon générale à ceux qui ont été investis du pouvoir de les nommer. C'est dire que, comme en matière de nomination, l'organe souverain en principe est ici encore l'assemblée générale des actionnaires.

L'assemblée générale peut seule révoquer les contrôleurs dans les législations belge et luxembourgeoise, mais le législateur a pris soin de prévoir, afin de permettre que ce pouvoir ne soit exercé qu'en toute connaissance de cause par les actionnaires, que l'ordre du jour de la séance devra préciser à l'avance de manière claire et nette que la révocation de certains contrôleurs sera proposée (L. C. art. 64 *bis*, al. 3).

50. — C'est également l'assemblée générale qui est compétente pour révoquer les sindaci italiens, sauf dans le cas où les statuts ont conféré à l'Etat ou des personnes morales publiques le droit de nommer un ou plusieurs commissaires (art. 2458 et 2459 du Code civil) (17). Dans ce cas, en application du principe selon lequel c'est à celui qui a le pouvoir de nomination qu'appartient celui de la révocation, seule la personne publique qui a nommé le contrôleur a la possibilité de le révoquer (art. 2458, al. 2).

51. — Le régime néerlandais en matière de révocation est inspiré des mêmes principes. Le commissaire peut à tout moment être suspendu ou révoqué par l'assemblée générale, mais c'est à la condition qu'il ait été nommé par l'assemblée. Dans le cas contraire, il ne peut être suspendu ou révoqué que par ceux qui l'ont nommé (W. K. art. 50 *d*, al. 2).

52. — En France enfin, une remarque préliminaire s'impose : la question de la révocation des commissaires aux comptes ne s'est posée en fait que de façon relativement récente. Avant les décrets de 1935, en effet, les commissaires n'étaient désignés que pour un an ; pour pouvoir les révoquer, il aurait fallu convoquer extraordinairement une assemblée générale ordinaire.

A l'heure actuelle, les commissaires sont nommés en principe pour trois ans. Le pouvoir de révoquer appartient ici encore à l'organe qui a procédé à la nomination ; c'est dire une fois encore que ce pouvoir appartient en l'espèce à l'assemblée générale (18).

53. — Ainsi, sous cette première optique, celle du pouvoir compétent pour procéder à la nomination, il apparaît qu'à quelques rares exceptions près, tous les pays considérés

(17) *Supra*, n° 44.

(18) G. Ripert : *Traité élémentaire de Droit commercial*. 4^e éd., avec le concours de P. Durand et René Roblot, n° 1187, p. 570.

accordent le pouvoir de révocation des contrôleurs à l'assemblée générale. Mais ce pouvoir de principe admis partout est-il un pouvoir discrétionnaire ou au contraire est-il enserré dans des limites étroites et soumis lui-même à un contrôle supérieur et de quelle nature ?

**

§ 2. — LA REVOCATION DOIT-ELLE ETRE JUSTIFIEE ?

54. — La difficulté, que nous rencontrerons d'ailleurs à d'autres stades de notre étude, vient du fait que si l'assemblée générale est théoriquement l'organe souverain de la société anonyme, il se trouve qu'en raison de multiples difficultés pratiques, de la dispersion et surtout de l'absentéisme des actionnaires, maintes fois dénoncées, elle est le plus souvent sous la dépendance étroite des dirigeants de la société.

Certaines législations ne se sont pas préoccupées d'une manière particulière de prévenir les dangers de cet état de fait et ont laissé à l'assemblée générale un pouvoir discrétionnaire de révocation *ad nutum* ; d'autres, au contraire, tout en maintenant le principe de la révocation par l'assemblée, ont entendu protéger les contrôleurs contre une décision provoquée par des dirigeants mécontents de leur contrôle ; elles ont limité les pouvoirs de l'assemblée générale en ne lui accordant ce droit de révocation que sous le contrôle de la justice par le biais du contrôle des motifs de la révocation.

55. — L'incidence de cette question sur celle de la nature juridique des rapports entre les contrôleurs et les actionnaires est fondamentale. Dans la mesure où la conception contractuelle domine le pouvoir de révocation de l'assemblée générale, le principe doit être celui de la révocabilité *ad nutum* au même titre que le mandant peut révoquer *ad nutum* son mandataire. Au contraire, dans la mesure où le pouvoir de l'assemblée générale se trouve limité par un contrôle supérieur, la conception contractuelle ne permet plus d'expliquer toutes les solutions gouvernant les rapports juridiques des actionnaires et des contrôleurs. On se trouve alors obligé de dépasser le cadre du mandat pour expliquer la nature juridique exacte de ces rapports.

I. — SYSTEMES ADMETTANT LA REVOCABILITE AD NUTUM

56. — C'est la solution de la Belgique et du Luxembourg. Dans ces deux pays, les contrôleurs sont révocables *ad nutum* ; autrement dit, les motifs de la décision de l'assemblée générale ne sont soumis à aucun contrôle (19).

(19) Resteau : *Les sociétés anonymes devant les lois belges*, n° 800 et s., et 989.

La seule limite prévue, si l'on peut considérer cela comme une limite, est l'obligation de préciser clairement dans l'ordre du jour que la révocation de certains commissaires sera proposée. De plus, la jurisprudence décide que les contrôleurs révoqués ou démissionnaires devront rester en fonctions jusqu'à leur remplacement (20).

Aux termes de l'article 136, al. 6 de la loi allemande d'autre part, « l'élection d'un contrôleur des comptes peut être révoquée » par l'assemblée générale, même avant la clôture des opérations de contrôle ; lorsque le contrôleur a été nommé par le « tribunal, la nomination peut être révoquée par celui-ci à la « requête de la direction ».

Enfin, le principe de la révocabilité *ad nutum* des contrôleurs par ceux qui les ont nommés est également appliqué aux Pays-Bas.

Le législateur hollandais a cependant prévu une disposition particulière tendant à protéger les commissaires victimes d'une révocation injustifiée. Dans ce pays, une disposition légale précise qu'une révocation injustifiée peut donner lieu à des dommages-intérêts pour rupture de contrat. Il est également prévu que, dans le cas où ces dommages-intérêts dus par la société en raison de la révocation sont estimés trop élevés par le juge, il est loisible à ce dernier de les diminuer (W. K., art. 50 d, al. 2).

Nous sommes ainsi en présence d'une disposition laissant poindre un contrôle judiciaire, mais ce contrôle est très limité puisqu'il ne porte que sur l'évaluation du montant des dommages-intérêts dus au contrôleur victime de la révocation ; d'autre part et surtout, cette disposition ne vise qu'à indemniser les contrôleurs révoqués du préjudice par eux subi ; elle laisse intacte la révocation elle-même telle que décidée souverainement par l'organe compétent.

La conception contractuelle est à ce point de vue particulièrement vivace.

II. — SYSTEMES SOUMETTANT LA REVOCABILITE A L'EXISTENCE DE JUSTES MOTIFS

57. — a) Le législateur italien est allé plus avant dans la voie des limites apportées à la souveraineté de l'assemblée. Sensible au fait que l'assemblée, dont les contrôleurs tiennent généralement leurs pouvoirs, est le plus souvent dominée par les administrateurs dont ces commissaires doivent précisément contrôler la gestion, le législateur italien a voulu éviter que la suprématie donnée à l'assemblée ne permette aux administrateurs de faire révoquer les contrôleurs à leur guise et par là de supprimer tout contrôle efficace. Aux termes de l'article 2400, al. 1^{er} du Code civil, les commissaires ne peuvent être révoqués que pour une

(20) Comm. Namur, 4 février 1926. *Revue prat. soc.*, 1926, 240.

cause légitime. La décision portant révocation doit être approuvée par ordonnance du tribunal, l'intéressé entendu (Code civil, art. 2400, al. 2) (21).

C'est donc ici le principe même de la révocation qui se trouve remis en question par le contrôle judiciaire.

58. — *b)* La législation française n'a prévu aucune disposition semblable. Mais la jurisprudence a ressenti ce besoin de soustraire les commissaires au pouvoir arbitraire de l'assemblée qui pourrait peut-être les sacrifier sous l'influence des administrateurs mécontents de leur contrôle. Pour prévenir ces dangers, elle a, depuis un arrêt de la Cour de Paris du 26 juin 1943 (22), qui a eu en son temps un grand retentissement dans le monde des affaires, considéré que l'assemblée générale des actionnaires n'a le droit de révoquer les commissaires aux comptes que s'il existe de justes motifs dont les tribunaux ont le droit d'apprécier la réalité. En l'espèce, la Cour d'appel de Paris, confirmant un jugement du tribunal de commerce de la Seine, a annulé la révocation de commissaires aux comptes au motif que celle-ci était injustifiée. Un commissaire indûment révoqué a été maintenu en fonctions jusqu'à l'expiration de son mandat et la Cour lui a accordé des dommages-intérêts en réparation du préjudice causé (23).

La Cour de Paris n'a pas tiré toutes les conséquences de sa solution ; elle s'est refusée à aller à l'encontre du texte même de la loi qui considère les commissaires comme des mandataires (24), mais elle a déclaré « que le mandat légal qui leur est « donné doit être considéré comme étant en principe soustrait à « l'arbitraire d'une assemblée générale sauf événements exceptionnels et sous la garantie du contrôle sévère des tribunaux » (25), ce qui en fait est contraire à la conception traditionnelle du mandat et aux articles 2003 et 2004 du Code civil aux termes desquels le mandat prend fin « par la révocation du mandataire » et « le mandant peut révoquer sa procuration « quand bon lui semble... » (26).

59. — En réalité, la portée de cette décision est beaucoup plus profonde qu'il ne semble en apparence. C'est en effet, comme l'ont souligné de nombreux auteurs, « un vain effort que de vou-

(21) Recueils pratiques du droit des affaires dans les pays du Marché commun. *Collection Jupiter*, t. II. Italie, n° 15.47.

(22) Aff. Eybalin et autres C/ Société du Grand Hôtel des Ambassadeurs. C. ap. Paris, 26 juin 1943, D. 1945, 151. Note Ripert, S. 1944, II, 69, note Boitard. Voir également T. com. Seine, 5 mai 1953. *Journal des Sociétés*, 1955, 237.

(23) Voir sur ce point, Henri Decujis : La révocabilité « *ad nutum* » des commissaires aux comptes. *Journal des Sociétés*, 1944, Doctrine, p. 1.

(24) Loi du 24 juillet 1867, art. 32, mod. par le décret-loi du 31 août 1937.

(25) *Op. cit.*

(26) En ce sens, H. Decujis, *op. cit.*, p. 2.

« loir maintenir ici la notion de mandat et de démontrer que ce « mandat est irrévocable » (27). La faculté de révocation est inhérente au mandat parce que ce contrat a pour objet de désigner un représentant et que l'on ne saurait concevoir la représentation contre la volonté du représenté (28).

Il faut donc, si l'on veut admettre l'irrévocabilité des commissaires ou du moins les limites à la révocabilité, renoncer à l'idée de mandat ou du moins à celle de mandat conventionnel. La Cour de Paris parle de mandat légal ; sa décision affecte en fait profondément la nature juridique des rapports entre commissaires et actionnaires, qui ne peut plus s'expliquer par la seule conception contractuelle.

L'arrêt n'a certes pas osé abandonner totalement la conception traditionnelle ; il n'est pas allé jusqu'à dire que les commissaires ne pouvaient pas être révoqués par l'assemblée générale et que la révocation ne pouvait être prononcée que par une décision de justice. La Cour de Paris se trouvait saisie d'une décision de révocation fondée sur des motifs graves et d'une autre qui n'était fondée sur aucun motif. Elle a validé la première et annulé la seconde. « Par là même, elle reconnaît à l'assemblée générale le « droit de révoquer les commissaires pour justes motifs, sous « réserve d'une appréciation de ces motifs par la justice » (29).

60. — La solution française est donc moins nette que celle adoptée par le législateur italien qui a précisé que la révocation des *sindaci* impliquait dans tous les cas l'intervention de la justice. L'arrêt Eybalin a été assez diversement interprété. Selon certains, il impliquerait l'obligation pour la société de demander à la justice la révocation, comme en Italie, mais l'interprétation la plus logique ne tend à subordonner la révocation qu'à un contrôle *a posteriori* des tribunaux, autrement dit à faire produire un effet immédiat à la décision de l'assemblée, les tribunaux appréciant ensuite s'il y a lieu d'annuler la décision ou seulement d'accorder des dommages-intérêts au commissaire (30).

Quoi qu'il en soit, malgré les limites qui viennent d'être énoncées, c'est à l'assemblée générale des actionnaires qu'il appartient en principe de nommer et de révoquer les contrôleurs.

Mais une seconde question se pose : après avoir vu qui nomme, il nous faut rechercher qui peut être nommé, en d'autres termes toute personne peut-elle être contrôleur des comptes ou les postulants à ce poste doivent-ils présenter certaines garanties et lesquelles ?

(27) G. Ripert : Note sous cap. Paris, 26 juin 1943, D. 1945, Jurisp., p. 153.

(28) Ripert et Boulanger : *Traité élémentaire de Droit civil de Planiol*, t. II, n° 3045, p. 919.

(29) G. Ripert : Note sous Cap. Paris, 26 juin 1943, D. 1945, Jurisp., p. 154.

(30) Hamel et G. Lagarde : *Traité de Droit commercial*, t. I, 1954, n° 675, p. 807.

CHAPITRE II

LES GARANTIES EXIGÉES DES CONTRÔLEURS

61. — L'étude comparative de la nomination et de la révocation des commissaires a montré que la plupart des législations considérées, tout en affirmant le principe de la souveraineté des actionnaires par la voie de l'assemblée générale, ont dû, dans l'intérêt même des actionnaires et des créanciers sociaux, apporter des tempéraments de plus en plus importants à cette souveraineté. C'est le même souci de protection des actionnaires et des créanciers et le désir de lutter contre des abus criants (1) qui ont conduit les législateurs à apporter des limites à la liberté de choix des contrôleurs.

La première question qui, sous cet angle, a fait l'objet d'une controverse, a été celle de savoir si la qualité d'actionnaire devait être exigée des contrôleurs. On a fait valoir que l'existence d'une telle condition intéressait ainsi le commissaire au résultat de sa mission constituerait une garantie sérieuse des intérêts en présence (2).

En fait, dans tous les pays considérés, les contrôleurs peuvent être actionnaires ou non. Cette solution doit, semble-t-il, être approuvée ; en effet, de deux choses l'une, ou bien on exige des commissaires qu'ils possèdent un minimum important d'actions et l'on écarte par là même de la profession des personnes qui pourraient être compétentes en exigeant d'elles un capital important, ou bien au contraire on fixe un minimum dérisoire, et le contrôleur n'a plus aucun intérêt sérieux à la marche de la société (3). En outre, il serait manifestement difficile d'astreindre les contrôleurs professionnels à être les actionnaires de toutes leurs sociétés clientes !

62. — Cette première question résolue, les idées qui ont préside à l'établissement de limites à la liberté de choix des actionnaires ont été de deux ordres : d'une part, le souci d'assurer une

(1) « On assistait en France à des excès manifestes et c'est ainsi que l'on voyait parfois des commissaires exercer les fonctions de comptables dans la société qu'ils contrôlaient. » J. Lisbonne : *Les commissaires de surveillance dans les sociétés anonymes*, 1936, p. 53.

(2) J. Lisbonne, *op. cit.*, p. 58.

(3) En ce sens, voir R. Masson : *Manuel des commissaires aux comptes*, 1937.

indépendance aussi complète que possible de ces contrôleurs à l'égard des personnes qu'ils seront chargés de contrôler et d'exiger de leur part des garanties de probité et d'honorabilité, et d'autre part l'idée que la fonction censoriale exigeait de plus en plus, de par la technicité croissante, des garanties de compétences.

Section I. — Les garanties d'indépendance et d'honorabilité

63. — Dans les deux cas, le moyen technique utilisé est le même ; c'est le procédé des incompatibilités, par lequel le législateur interdit la fonction de contrôleurs à certaines personnes déterminées, soit parce que leur situation familiale ou professionnelle est susceptible de les placer dans une situation de dépendance par rapport aux « contrôlés », soit encore parce que certains faits commis par ces personnes permettent de mettre en doute leur parfaite honorabilité.

§ 1. — L'INDEPENDANCE DES CONTROLEURS PAR RAPPORT AUX CONTROLES

64. — « Parmi les règles professionnelles, celle de l'indépendance est la plus importante ; elle comprend et conditionne « toutes les autres » (4).

Cette règle d'indépendance des contrôleurs par rapport aux contrôlés est en effet la condition même de l'efficacité de tout contrôle quel qu'il soit.

Or, la dépendance peut naître le plus souvent soit de l'existence de liens familiaux, soit de celle de liens pécuniaires entre contrôleurs et contrôlés. C'est à ces deux points de vue qu'il faut se placer pour examiner quelles mesures ont été prises pour écarter ces risques.

A. — Incompatibilités fondées sur le lien familial

65. — L'ensemble des législations des six pays considérés consacre de manière formelle la distinction fondamentale entre contrôleurs et contrôlés. En conséquence, la fonction de contrôleur est incompatible avec celle d'administrateur de la société ou de membre de la direction ; c'est le cas de l'Allemagne (AktG., art. 137, § 2) en ce qui concerne les « contrôleurs du règlement ». C'est également le principe affirmé par les législations belge et

(4) E. Archavlis et F. M. Richard : *L'exercice du mandat de commissaire aux comptes* (Cité par E. Folliet : *Le contrôleur dans les sociétés anonymes*, Genève, 1957).

luxembourgeoise (Lois coordonnées, art. 63, § 4). C'est enfin la solution dégagée par la législation hollandaise.

Les législateurs français et italien sont allés plus loin dans la voie de cette interdiction ; c'est ainsi que le Code civil italien dispose que ne peuvent être nommés contrôleurs et, s'ils l'ont été, sont déchus de leurs fonctions : les parents ou alliés des administrateurs en deçà du quatrième degré.

C'est exactement la même solution qui avait été dégagée en France par le décret-loi du 8 août 1935. Aux termes de l'article 33, § 1 de la loi du 24 juillet 1867, modifiée par ce décret, ne peuvent être choisis comme commissaires « les parents ou alliés jusqu'au 4^e degré inclusivement ou le conjoint des administrateurs ou des apporteurs », et le même principe est repris et élargi par le projet de réforme du droit des sociétés (art. 247).

Ces règles auxquelles on a souvent reproché d'être gênantes dans les petites sociétés de caractère familial (5) sont pourtant indispensables pour assurer l'indépendance des contrôleurs à l'égard des contrôlés qui est la condition même du succès de tout contrôle.

Mais pour que cette indépendance soit pleinement réalisée, il ne suffit pas d'écarter les liens familiaux, il est encore nécessaire d'empêcher que les contrôleurs ne puissent se trouver sous la dépendance pécuniaire des administrateurs ou même de la société.

B. — Incompatibilités fondées sur le lien pécuniaire

66. — On admettra aisément qu'il est impossible à un salarié d'exercer un contrôle quelconque sur les comptes ou la gestion de ses supérieurs hiérarchiques. Et pourtant, les incompatibilités fondées sur le lien pécuniaire n'ont pas été prévues par toutes les législations. En Belgique et au Luxembourg, par exemple, si en principe les commissaires ne peuvent exercer aucune autre fonction dans la société soumise à leur surveillance (Lois coordonnées, art. 64, § 4) ; « cette interdiction n'empêche cependant pas de choisir les commissaires parmi les membres du personnel » (6). De même aux Pays-Bas, si les fonctions de commissaire sont incompatibles avec celles d'administrateur, elles ne le sont pas avec celles d'employé au service de la société. On a vu néanmoins l'importance accordée dans ce pays au pacte social ; il est prévu en la matière que les statuts peuvent fixer des conditions spéciales.

Le législateur allemand, au contraire, attachant une importance considérable au principe de l'indépendance, a interdit la profession de contrôleur du règlement, non seulement aux employés de la société contrôlée mais également à ceux d'une

(5) Ripert : *Traité de Droit commercial*, 1959, n° 1185, p. 569.

(6) Jacques Van Wynendaele et Hippolyte Wouters : *Le droit des sociétés anonymes dans les pays de la Communauté économique*, Bruxelles, 1961, n° 77 b, p. 140.

autre société dépendant de la société à contrôler et ceux d'une société dominant la société à contrôler.

Le principe général qui domine la législation allemande en matière de contrôle est que « toute influence déterminante qui risquerait de retirer au « Wirtschaftsprüfer » quelques parcelles de son impartialité doit *ipso facto* le faire considérer comme inapte à exercer l'examen qu'on lui demande : c'est l'intérêt général de la réputation de la profession et son avenir qui sont en jeu » (7).

L'interdiction de faire partie du Collegio sindacale a été éten due par le législateur italien à ceux qui sont liés à la société ou aux sociétés que celle-ci contrôle par un rapport permanent de prestations de services rétribuées.

67. — Enfin, le législateur français s'est montré particulièrement prolix sur ces règles d'incompatibilités tirées du lien pécuniaire puisque l'article 33 précité de la loi du 24 juillet 1867 interdit la profession de commissaire (al. 2) aux « personnes « recevant sous une forme quelconque à raison de fonctions « autres que celles de commissaire un salaire ou une rémunéra- « tion des administrateurs ou de la société ou de toute entreprise « possédant le dixième du capital de la société, ou dont la société « possède au moins le dixième du capital » ; et l'alinéa 4 de cet article étend l'incompatibilité au conjoint de ces personnes.

Cette interdiction a d'ailleurs fait l'objet d'une controverse et certains auteurs ont critiqué, à juste titre, semble-t-il, l'emploi par le législateur de termes trop larges tels que « rémunération » « à raison de fonctions ».

Les sociétés conseils en matière fiscale perçoivent en effet une rémunération ; de même, les anciens employés retraités ; de même enfin certains experts comptables chargés de la surveillance approfondie de la comptabilité (distincte du simple contrôle des comptes exigé par la loi) ; il ne semble pas utile ni même souhaitable d'exclure ces personnes du contrôle de la société.

Dans tous ces cas d'espèce, il appartient aux tribunaux de décider, dans l'état actuel de la législation, si l'incompatibilité doit ou non jouer. En réalité, il eût été préférable de limiter l'incompétence à ceux qui touchent un salaire (seuls, ceux-là sont véritablement dépendants) (8). C'est à cette solution d'ailleurs que s'est rallié l'avant-projet de loi portant réforme du droit des sociétés.

Indépendamment des incompatibilités édictées en vue d'assurer une parfaite indépendance des contrôleurs, nécessité qui a été ressentie même en dehors des pays européens (9), les législateurs se sont préoccupés, par le même moyen des interdictions,

(7) P. Baudouin-Bugnet : *Le contrôle des sociétés et la protection de l'épargne en Allemagne*. Paris, 1934, p. 239.

(8) En ce sens, Serge Blind : *La présentation et le contrôle des comptes des sociétés anonymes en Angleterre et en France*. Thèse Paris, 1945, p. 123.

(9) Voir p. 71.

de garantir la parfaite moralité et l'honorabilité des personnes chargées d'assumer la fonction de contrôle.

§ 2. — HONORABILITE DES CONTROLEURS

68. — Le principe qui domine la plupart des législations en cette matière est l'interdiction de la profession de contrôleur à des personnes jugées indésirables en raison d'événements survenus dans leur passé et notamment de condamnations, principalement pénales (10).

Seul le législateur hollandais n'a rien prévu, semble-t-il, s'en référant sur ce point une fois encore au pacte social. En Belgique et au Luxembourg, au contraire, des interdictions ont été édictées s'appliquant spécialement aux faillis non réhabilités et aux personnes condamnées à une peine de trois mois de prison au moins du chef d'infractions qui impliquent la malhonnêteté de leurs auteurs (A. R. 24 octobre 1934). De même, l'article 2382 du Code civil italien interdit la fonction de contrôleur au failli ou à celui qui a été condamné à une peine portant interdiction d'exercer des fonctions publiques ou incapacité de remplir des fonctions de direction. Le législateur français ne s'est pas moins préoccupé de l'honnêteté et de l'honorabilité des commissaires aux comptes et interdit la profession aux « personnes à qui l'exercice de la fonction de « gérant ou d'administrateur est interdite ou qui « sont déchus du droit d'exercer cette fonction » (Loi 24 juil. 1867, art. 33, § 3). « Il a même prévu que « si l'une des causes « d'incompatibilité ci-dessus indiquée survient au cours du « mandat, l'intéressé doit cesser immédiatement d'exercer ses « fonctions et en informer le conseil d'administration au plus « tard 15 jours après la survenance de cette incompatibilité. »

L'avant-projet de loi portant réforme du droit des sociétés a maintenu les incompatibilités actuelles, mais leur a étendu dans l'ensemble les interdictions prévues par la loi du 30 août 1947 relative à l'assainissement des professions commerciales et industrielles (11).

Ainsi donc, c'est par le biais d'exigences « négatives » que les législateurs ont tenté d'assurer l'indépendance des contrôleurs et leur probité en édictant sur ces points des incompatibilités.

Ces garanties qui portaient ainsi une nouvelle atteinte à la souveraineté de l'assemblée générale pour mieux protéger les actionnaires et les créanciers de la société ont été jugées insuffisantes et les législateurs se sont préoccupés également par le biais d'exigences « positives » d'assurer la compétence des contrôleurs.

(10) aux U. S. A. : « Independence is the keystone in the structure of accounting profession ». J. L. Carey : *Professional ethics of public accountant*, p. 41.

(11) Sur ce point, cf. chronique G. Ripert : *L'assainissement des professions commerciales et industrielles*. Dalloz, 1947, p. 141.

Section II. — Les garanties de compétence

69. — Par souci d'objectivité et compte tenu de la disparité des régimes en cette matière, il nous est apparu préférable, avant de dégager les éléments d'une synthèse comparative, d'analyser au préalable les solutions en présence.

§ 1. — ANALYSE DES SOLUTIONS EN PRESENCE

La première observation qui s'impose au comparatiste qui analyse les garanties de compétence en matière de contrôle des comptes des sociétés anonymes est que le régime qui a servi de modèle, d'idéal à atteindre aux législateurs européens, était le régime britannique ; or, contre toute attente, il apparaît que, du moins jusqu'en 1948, la législation anglaise sur ce point ne prévoyait absolument aucune garantie et prônait une liberté complète pour ce qui concernait la nomination des auditors. En pratique pourtant les sociétés n'ont nullement abusé de cette liberté, bien au contraire ; elles s'adressaient le plus souvent, pour contrôler leurs comptes, à des « chartered accountants », c'est-à-dire à des membres d'associations renommées, spécialisés dans les questions comptables, soumis à une discipline professionnelle rigoureuse et garantissant à la fois leur valeur et leur intégrité, tant sur le plan de l'indépendance que sur celui de la compétence. « Ce sont les auditors eux-mêmes qui ont établi les règles strictes auxquelles ils estimaient devoir se soumettre et qu'ils considéraient comme indispensables pour donner toutes garanties » (12). De sorte que, lorsqu'en 1948 le législateur anglais a imposé aux sociétés anonymes la nomination d'un « chartered accountant » comme « auditor », il n'a, ce faisant, que sanctionné légalement un état de fait préexistant.

1. — LE RÉGIME ALLEMAND.

70. — La Chambre de commerce et le législateur allemand se sont efforcés de constituer un corps de contrôleurs comparables aux « chartered accountants ». La réglementation du statut des « abschlussprüfer » date de la loi du 21 septembre 1931. Les idées qui ont présidé à la promulgation de cette loi sont nées de la situation économique de l'Allemagne à cette époque, qui était devenue largement emprunteuse et qui pour rassurer les pays

(12) Edouard Folliet : *Le contrôleur dans les sociétés anonymes*. Genève, 1957, p. 31.

Voir également sur ce point, Serge Blind : « La présentation et le contrôle des comptes des sociétés anonymes en Angleterre et en France », 1945.

prêteurs se devait de multiplier les garanties accordées notamment par le biais d'un contrôle sérieux (13).

Seules les personnes suffisamment instruites et versées dans la comptabilité peuvent être désignées comme « contrôleur de règlement ». Les « abschlussprüfer » doivent obligatoirement être choisis parmi les censeurs de l'économie (Wirtschaftsprüfer), dont les noms figurent sur une liste officielle établie précisément selon des normes garantissant leur compétence professionnelle. Cette solution est évidemment de loin la plus souhaitable mais elle exige la création d'un corps de contrôleurs présentant les qualités requises, création qui ne peut se réaliser du jour au lendemain.

Il faut d'ailleurs préciser qu'en Allemagne la forme juridique de la société anonyme est réservée par la loi aux sociétés importantes : le capital exigé, lors de la constitution, est de 100.000 DM, sauf exception accordée par le Ministre de la justice, d'accord avec le Ministre Fédéral du commerce (14).

On a pu dire sous cet angle que la société anonyme allemande était « le type même de la société pour une grande entreprise moderne » (15). Reste à savoir si, dans les pays ouvrant plus largement la porte aux sociétés anonymes, certaines distinctions ne sont pas nécessaires. Il faut d'ailleurs ajouter que le statut des censeurs de l'économie a été fixé récemment par une loi du 24 juillet 1961.

2. — LA SOLUTION BELGE.

71. — Les possibilités d'utiliser en Belgique les renseignements de l'expérience anglaise ont fait l'objet d'une étude sérieuse (16). Cette étude a montré tous les avantages de la solution anglaise mais en même temps les difficultés de transposition systématique d'un tel régime exigeant notamment la création d'un corps de contrôleurs compétent.

Le législateur belge a pris conscience, en outre, de ce qu'il était nécessaire de faire une distinction entre les sociétés anonymes, sinon selon leur importance, du moins selon qu'il s'agit de sociétés purement privées ou de sociétés faisant appel à l'épargne publique, l'impératif de compétence des contrôleurs étant plus fort dans les secondes que dans les premières. Il n'a donc prévu aucune garantie de compétence des contrôleurs des sociétés en général, mais une loi du 1^{er} décembre 1953 (17) a exigé que les

(13) Sur ce point, voir P. Baudouin-Bugnet : *Le contrôle des sociétés et la protection de l'épargne en Allemagne* (Réforme des bilans et Wirtschaftsprüfungs), 1934.

(14) Loi 30 janvier 1937, article 7, al. 1 et 2.

(15) Philipp Moehring et Rudolf Moehring : *La pratique des sociétés en Allemagne*. In *Recueils pratiques du droit des affaires dans les pays du Marché commun*, 1958, t. I, Allemagne, 1^{re} partie, p. 2.

(16) Van Ryn : *La réforme du contrôle des sociétés et l'expérience anglaise*, 1945.

(17) *Moniteur belge*, 16 décembre 1953, p. 7926.

sociétés faisant appel à l'épargne publique choisissent un au moins de leurs commissaires parmi les membres de l'Institut des réviseurs d'entreprise créé par la loi du 22 juillet 1953 (L. C., art. 64 *bis*, al. 2). Ces commissaires réviseurs sont choisis parmi les membres de l'Institut des réviseurs d'entreprises recrutés en fonction d'une compétence spéciale assortie d'une garantie d'indépendance particulière (18).

Il est d'ailleurs à noter que la commission belge de réforme des lois coordonnées entend réserver la forme de la société anonyme aux sociétés d'une certaine importance, soit que l'on fixe un capital minimum, par exemple de l'ordre de 5 millions de francs belge, soit que l'on utilise un autre critère de distinction tel l'appel public à l'épargne (19).

3. — LUXEMBOURG.

72. — L'institution des commissaires réviseurs n'a pas été étendue dans ce pays, de sorte que le régime est le même pour toutes les sociétés et qu'aucune garantie de compétence n'est exigée des contrôleurs.

4. — ITALIE.

73. — La forme de la société anonyme est ici aussi réservée aux entreprises relativement importantes puisque le capital minimum doit être d'un million de liras (Code de 1942, art. 2327). Une proposition de loi est d'ailleurs pendante devant le Parlement en vue d'élever ce chiffre à vingt-cinq millions de liras (20).

Pourtant le législateur italien a adopté également le principe d'une distinction entre les sociétés sous l'angle des garanties de compétence exigées des « *sindaci* », mais le critère de distinction n'est pas l'appel à l'épargne publique, mais l'importance du capital social. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 2397 du Code civil, les sociétés dont le capital est égal ou supérieur à cinq millions de liras doivent choisir au moins un des contrôleurs titulaires parmi ceux qui sont inscrits sur une liste de réviseurs officiels des comptes si les contrôleurs titulaires sont au nombre de trois ; elles doivent en choisir au moins deux si les contrôleurs titulaires sont au nombre de cinq. Dans les deux cas, un des contrôleurs suppléants doit être choisi de cette manière (Code civil, art. 2397, al. 2).

Dans ces sociétés, le président du collège des *sindaci* doit être obligatoirement le ou l'un des contrôleurs « réviseurs ».

Enfin, l'article 2397, al. 3, précise que les autres sociétés doivent choisir un des contrôleurs titulaires et un des contrô-

(18) Jacques Van Wynendaele et Hippolyte Wouters, *op. cit.*, n° 108, p. 150.

(19) Pierre Van Ommeslaghe, *op. cit.*, p. 307, note 14.

(20) *Recueils pratiques du droit des affaires dans les pays du Marché commun. Op. cit.* V. Italie, 2^e partie, Exposé juridique, n° 15.13, f/.

leurs suppléants sur les listes professionnelles déterminées par la loi.

6. — PAYS-BAS.

74. — La notion de commissaire, en Hollande, est on l'a vu d'une extrême souplesse. Le législateur néerlandais, fortement imbu de la conception contractuelle, n'a prévu aucune limite au choix des contrôleurs et n'a, en conséquence, imposé aucune garantie de compétence aux commissarissen, préférant sur ce point encore s'en remettre aux statuts qui « peuvent fixer des conditions spéciales » (21).

7. — FRANCE.

a) *Evolution historique*

75. — Notre pays n'a pas été moins influencé que la plupart des autres pays d'Europe par le « modèle » anglais.

La loi de 1867, on l'a vu, instaurait un régime de liberté quasi-totale dans le choix des commissaires aux comptes ; depuis le projet de Thaller de 1904 de nombreux projets de réforme s'inspirant de l'exemple anglais des « chartered accountants » ont vu le jour, se préoccupant d'assurer un meilleur recrutement des contrôleurs.

b) *Décret du 8 août 1935*

76. — Les auteurs du décret-loi du 8 août 1935, qui constitue la charte en la matière, ne pouvaient du jour au lendemain faire sortir un corps de contrôleurs suffisamment préparés pour toutes les sociétés françaises ; ils ont donc posé le principe d'une distinction entre les sociétés anonymes ; ils ont obligé les sociétés faisant appel à l'épargne publique à choisir un de leurs commissaires au moins sur une liste des commissaires agréés « établie « par une commission siégeant au chef-lieu de la Cour d'appel « dans le ressort de laquelle se trouve le siège social » (Art. 33, al. 3).

Les commissaires sont désignés à raison de leur compétence technique, soit sur titres, soit parce qu'ils ont satisfait à un examen ; le décret du 29 juin 1936 (modifié par les décrets des 12 juin 1937, 18 novembre 1942 et 19 septembre 1955) fixe les conditions de nomination (22). De plus, le décret-loi de 1935 a pris soin de préciser la composition de la commission chargée de procéder à l'établissement de la liste, laquelle doit d'ailleurs être publiée (Décret du 29 juin 1936 modifié par le décret du 2 septembre 1942).

Les commissaires agréés forment dans chaque Cour d'appel une compagnie qui est une association déclarée. La loi les y

(21) Jacques Van Wynendaele et Hippolyte Wouters, *op. cit.*, n° 77, p. 352.

(22) Ripert, *op. cit.*, n° 1190, p. 571.

oblige d'ailleurs lorsque leur nombre est supérieur à vingt (Décret du 30 juin 1936).

Mais la grande controverse soulevée par le décret de 1935 est relative à la détermination du critérium des sociétés faisant appel à l'épargne publique.

c) *Critère des sociétés faisant appel à l'épargne publique*

77. — Le législateur, en effet, n'a pas subordonné la nomination de commissaires agréés à l'importance du capital social de la société ou à l'objet de son exploitation. Le décret de 1935 ayant pour but essentiel d'assurer la protection de l'épargne, les sociétés visées sont celles qui « font appel à l'épargne publique ».

Or, si aucun doute ne peut exister en ce qui concerne les sociétés qui ont placé leurs actions ou leurs obligations par souscription publique, ou pour celles dont les actions sont cotées à la Bourse, la question s'est posée de savoir s'il fallait considérer comme faisant appel à l'épargne publique les sociétés qui procèdent à une augmentation de capital et dont les actionnaires peuvent céder leurs droits de souscription ou encore les sociétés recevant des dépôts de fonds qui sont aujourd'hui soumises à la réglementation des banques.

Certains auteurs sont favorables à une interprétation large de la notion d'appel public à l'épargne (23) et se réfèrent à l'appui de leur thèse à une loi du 30 janvier 1907 prescrivant à toute personne « procédant à une émission, exposition, mise en vente sur le marché d'actions, obligations ou titre quelconque », de faire insérer une notice au B. A. L. O.

Il nous semble plus conforme à la lettre du texte d'adopter une conception plus restrictive et de considérer que le fait, pour une société, de solliciter des dépôts de fonds est insuffisant pour permettre de la considérer comme une société faisant appel à l'épargne publique (24).

d) *Projet de réforme du droit des sociétés*

78. — Le projet de réforme du droit des sociétés cumule les deux critères : celui de l'importance du capital social et celui de l'appel public à l'épargne. Aux termes de l'article 245 du texte proposé par la commission : « Dans les sociétés ayant fait « publiquement appel à l'épargne et dans les sociétés visées au « deuxième alinéa de l'article 115 (25), l'un au moins des « commissaires aux comptes doit être choisi sur une liste établie « dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. » Il

(23) En ce sens, H. Solus : *La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1935 et 1937*, 1938, n° 241. — M. Mercier : *Le statut légal des commissaires des sociétés agréés par les Cours d'appel*. Thèse Aix, 1941, p. 22.

(24) En ce sens, G. Lagarde : *Le statut des commissaires dans les sociétés par actions*. Décret du 8 août 1935 et décret du 29 juin 1936. — A. N. S. A., août 1936, n° 91. — Egalement Goyet : *Lois nouvelles*, 1936, p. 138.

(25) Il s'agit des sociétés dont le capital excède 500.000 NF.

a été proposé, à ce sujet, par la Commission de réforme du Code de commerce et du droit des sociétés, de créer un ordre unique de commissaires agréés et non un groupement par Cour d'appel. En outre, il est évident que, depuis 1935, les effectifs de l'expertise comptable se sont considérablement accrus, de sorte qu'il a été question d'obliger toutes les sociétés anonymes à choisir au moins un commissaire parmi les membres de cet ordre (26).

§ 2. — TABLEAU SYNOPTIQUE

79.

	Indépendance	Compétence	Honorabilité
Allemagne	Ni les membres du Vorstand ou de l'Aufsichtsrat ni les employés d'une autre société dépendant de la société à contrôler ou d'une société dominant la société à contrôler (§ 137, al. 2)	Ne peuvent être « contrôleurs du règlement » que les personnes ayant le titre de « contrôleurs de l'économie » (Wirtschaftsprüfer) ou les « sociétés de contrôle de l'économie »	
Belgique à Luxembourg	Contrôleurs ne peuvent exercer aucune autre fonction dans la société soumise à leur surveillance (L. C. art. 64, al. 4)	Belgique : société faisant appel à l'épargne publique, doivent être choisis parmi les membres de l'Institut des réviseurs d'Entreprise (L. C. art. 64 bis) Luxembourg : pas de commissaires réviseurs	Ni faillis non réhabilités ni personnes condamnées à trois mois au moins de prison du chef d'infractions impliquant la malhonnêteté de leurs auteurs
Italie	— Ni parents ou alliés des administrateurs jusqu'au 4 ^e degré — Ni personnes liées à la société par un rapport de prestation de services rétribué	Sociétés dont le capital est égal ou supérieur à 5 millions de lires doivent posséder un contrôleur inscrit sur la liste des réviseurs officiels (C. C. art. 2399 al. 2)	Ni failli ni personne ayant été condamnée à une peine portant interdiction d'exercer des fonctions publiques ou incapacité de remplir des fonctions de direction
France	— Ni parents ou alliés ou conjoint des administrateurs jusqu'au 4 ^e degré inclusivement — Ni personnes recevant rémunération des admin. ou de Sté pour fonction autres ou conjoint (Loi 1867, art. 32)	Sociétés faisant appel à l'épargne publique doivent choisir un commissaire au moins sur la liste des commissaires agréés	Personnes à qui l'exercice de la fonction de gérant ou d'administrateur est interdite, ainsi que conjoint de ces personnes
Pays-Bas	— Pas administrateur de la Société — Par contre possibilité pour 1 employé au service de la Sté de devenir contrôleur	Les statuts peuvent fixer des conditions spéciales	

(26) A. Dalsace : Evolution du contrôle des sociétés anonymes en France. *Revue des Sociétés*, 1953, p. 120.

§ 3. — SYNTHÈSE COMPARATIVE

80. — De l'analyse des solutions des différentes législations, une double idée se dégage : la nécessité d'une part d'assurer la compétence des contrôleurs par l'existence de conditions et de garanties de recrutement sévères, et notamment d'examens professionnels, la difficulté d'autre part de faire naître du jour au lendemain un corps de contrôleurs professionnels répondant aux conditions requises ; la solution du conflit entre ces deux idées consiste soit à limiter le nombre des sociétés anonymes — c'est la solution qui a été adoptée par le législateur allemand : il a limité l'institution de la société anonyme aux sociétés dont le capital est égal ou supérieur à 100.000 D. M. sous réserve des exceptions citées plus haut (27) (Art. 7 de la loi sur les sociétés par actions, Aktiengesetz) —, soit encore à opérer une distinction entre les sociétés, mais alors une fois admis le principe de la distinction, il importera d'en déterminer le critère exact ; enfin, il conviendra également de réglementer les ordres de contrôleurs.

**A. — Le principe d'une distinction
entre les sociétés anonymes**

81. — Les impératifs de compétence des contrôleurs ne s'imposent pas au même degré dans toutes les sociétés anonymes. Les garanties dans le choix des contrôleurs et plus particulièrement les garanties de compétence sont d'autant plus nécessaires que la société est importante et cela non seulement parce que le phénomène d'absentéisme qui a été dénoncé partout est beaucoup plus net dans ces grandes sociétés que dans les petites, d'autre part parce que les mécanismes comptables étant beaucoup plus complexes, ils exigent de la part des contrôleurs des conditions de capacité plus rigoureuses. Ces raisons expliquent la solution qui a été adoptée par les législations de trois des pays considérés : la Belgique, l'Italie et la France. Il faut, semble-t-il, approuver cette solution, dans la mesure où l'on ne veut pas restreindre l'institution de la société anonyme aux grandes sociétés, il faut opérer une distinction entre le régime du contrôle des sociétés selon leur importance. Nous verrons même qu'il serait opportun d'étendre les conséquences de cette distinction. S'il est normal, en effet, d'enserrer le régime juridique des grandes sociétés dans un filet de règles et d'interdictions destinées à assurer la protection des nombreux actionnaires qui se désintéressent le plus souvent de la gestion sociale, il n'est pas opportun d'imposer ce carcan de règles et ces mécanismes complexes qui risquent d'entraver considérablement le fonctionnement des sociétés moins importantes.

(27) Cf. n° 70.

Le principe d'une distinction entre les sociétés un fois admis, une seconde question se pose, celle de la détermination du critère permettant d'opérer cette distinction.

B. — Le critère de la distinction

82. — C'est sur ce point que s'accusent les différences entre les trois législations considérées ; deux solutions sont en effet proposées. L'une établit le point de clivage entre les deux catégories de sociétés en se fondant uniquement sur l'importance du capital ; l'autre se fonde sur un critère plus économique que juridique : le fait que les sociétés font ou non appel à l'épargne publique.

1) *L'importance du capital*

83. — C'est le critère adopté par le législateur italien ; il distingue entre les sociétés dont le capital est supérieur à 5 millions de lires, sociétés dans lesquelles les garanties de compétence exigées des contrôleurs sont particulièrement rigoureuses et les autres sociétés vis-à-vis desquelles le législateur se montre beaucoup plus libéral.

Cette solution a pour elle l'avantage de la simplicité et de la rigueur.

Il suffira en effet de connaître le montant du capital social pour déterminer à quelle catégorie appartient la société considérée et savoir quelles sont les garanties exigées des contrôleurs.

Mais cette formule n'est pas à l'abri des critiques. Ce qui détermine l'importance du capital, c'est en effet le plus souvent l'objet social et il est possible qu'une société ayant un capital important ne fasse appel qu'à des capitaux, répartis en un petit nombre d'actionnaires actifs. L'impératif de protection, on l'a vu, naît essentiellement de l'éparpillement des petits actionnaires de grandes sociétés, chacun ne représentant « qu'une goutte d'eau dans l'océan », éparpillement se traduisant corrélativement par un absentéisme grandissant. C'est dans ces sociétés surtout qu'il faut exiger des garanties particulières de capacité des contrôleurs, et le critère de l'importance du capital ne permet pas de les distinguer à coup sûr des autres sociétés.

2) *L'appel public à l'épargne*

84. — C'est le législateur français qui, le premier, a adopté ce critère, dans les décrets de 1935 essentiellement pris en vue de la protection de l'épargne (28) ; il va de soi que des garanties particulières aient été prévues pour les sociétés faisant appel à

(28) Voir sur ce point, G. Lagarde : *Le statut des commissaires dans les sociétés par actions*. Décret 8 août 1935 et 29 juin 1936. Publication A.N.S.A., 1936, p. 9.

l'épargne publique. La distinction a d'ailleurs été reprise, on l'a vu, en 1953 par le législateur belge. Ce critère de « l'appel à l'épargne publique » échappe au reproche signalé à l'encontre du précédent ; il semble répondre parfaitement à l'esprit de la distinction tel que nous l'avons défini plus haut ; il serait même souhaitable d'étendre les intérêts pratiques de la distinction ; c'est ce que soulignait déjà le doyen Ripert au lendemain des décrets.

« Dans la réglementation actuelle sur la nomination et le rôle des commissaires de surveillance, il y a des idées justes. Il faut remarquer en particulier la distinction faite par le décret entre les sociétés qui font appel à l'épargne publique et celles qui se contentent de recueillir des capitaux dans un monde fermé. C'est une idée qu'il faudra développer, pour servir de base à une réforme importante du droit des sociétés » (29).

C'est d'ailleurs l'idée qui a servi de base à l'avant-projet de réforme du droit des sociétés en France, sous réserve d'une modification de terminologie permettant d'éviter en grande partie du moins les événements passés, en substituant à l'expression « sociétés faisant appel à l'épargne publique » la formule « sociétés faisant publiquement appel à l'épargne ».

La distinction entre les sociétés au regard des garanties de compétence étant admise, et le critère de cette distinction étant déterminé, il importe encore d'établir avec précision la portée exacte de ces garanties. Il ne suffit pas d'exiger de certaines sociétés qu'elles choisissent un ou plusieurs de leurs contrôleurs sur une liste ou dans un corps déterminé, il faut encore prévoir une réglementation professionnelle appropriée pour que ce corps puisse fournir les garanties escomptées.

C. — L'organisation professionnelle des contrôleurs des comptes

85. — C'est en effet de l'organisation professionnelle de ces contrôleurs comptables que va dépendre l'efficacité de tout le système des garanties de compétence.

Il est paradoxal de constater à ce point de vue que le régime pilote en la matière n'avait prévu à l'origine et jusqu'à une période récente aucune réglementation ou exigence légale de ce genre, la loi anglaise de 1948 exigeant la nomination de chartered accountant comme contrôleur n'ayant fait sur ce point que sanctionner, comme on l'a vu (30), un état de fait préexistant. Mais cela est une nouvelle conséquence de l'esprit britannique : dans les autres pays d'Europe, ceux qui ont voulu obtenir des garanties de compétence ont dû les prévoir légalement.

(29) G. Ripert : Préface à la thèse de J. Lisbonne. Les commissaires de surveillance dans les sociétés anonymes, *op. cit.*, p. 9.

(30) *Supra*, n° 69.

Cela posé qu'il s'agisse des contrôleurs officiels de l'Economie en Allemagne, des réviseurs officiels des comptes italiens, des membres de l'Institut des réviseurs officiels belges ou des commissaires agréés français, il importe d'exiger de ces corps des garanties de capacité et spécialement des connaissances comptables par le biais d'examens appropriés sanctionnés par des diplômes, doublées également de garanties d'honorabilité.

De l'application rigoureuse de ces conditions dépendra l'efficacité du contrôle comptable.

CONCLUSION

LES PERSONNES MORALES PEUVENT-ELLES ÊTRE CONTRÔLEURS ?

86. — A l'issue de cette analyse des limites apportées par la loi à la liberté de nomination des contrôleurs, limites qui sont autant d'atteintes à la conception contractuelle de la société anonyme, une question se pose, que peu de législateurs ont tranchée systématiquement : celle de savoir si les sociétés fiduciaires peuvent être désignées comme contrôleurs des comptes. On a fait valoir, notamment à l'appui de l'affirmative, que le capital de ces sociétés représenterait pour la société contrôlée une certaine garantie financière, mais la solution de cette question risque de faire rebondir tout le problème des garanties exigées des contrôleurs (1).

Le législateur allemand a pris position et reconnu la possibilité pour les sociétés fiduciaires d'être contrôleurs à condition que ces sociétés portent le titre de « sociétés de contrôle de l'économie ».

Cette admission a été critiquée (2). Mais il importe de préciser qu'outre le sérieux filtrage précité, le législateur allemand a étendu expressément un certain nombre d'incompatibilités aux personnes morales ; il a en outre exigé des sociétés fiduciaires ainsi admises au rang de contrôleur l'observation d'un certain nombre de règles, notamment le secret professionnel imposé dans les rapports mêmes du contrôleur du bilan avec le conseil de surveillance de la société fiduciaire qui l'emploie et la nécessité d'une proportion déterminée entre le nombre des employés subalternes et celui des contrôleurs de l'économie appartenant à l'état-major de la société fiduciaire (3).

Le législateur anglais, de son côté, interdit la nomination personne morale comme contrôleur. En pratique, des « firms » d'accountants sont souvent élues comme contrôleurs d'une société, mais alors tous les membres de la firme sont considérés

(1) Voir sur ce point Edouard Folliet : *Le contrôleur dans les sociétés anonymes. Op. cit.*, p. 31 et suivantes.

(2) A. Percerou : *Lois actuelles et projets récents...*, p. 391.

(3) R. Masson : *Manuel des commissaires aux comptes*, 1937, p. 41.

comme contrôleurs de la société dont s'agit ; par ailleurs, ces « firms of accountants » sont toujours des sociétés de personnes.

En ce qui concerne les autres pays considérés, la question reste entière ; en France notamment, le décret de 1935 n'a pas abordé la question, mais l'on peut craindre que le régime d'incompatibilités qu'il a institué ne soit trop facilement tourné par le biais des personnes morales. En pratique, les sociétés fiduciaires font le plus souvent désigner comme commissaire un de leurs dirigeants ayant les qualités requises, et ceci non seulement par précaution contre le silence de la loi, mais encore en raison du règlement d'administration publique du 29 juin 1936 excluant les personnes morales de la liste des commissaires agréés. Il est à noter que le projet de réforme du droit des sociétés proposé par la Commission Plevén précise en son article 244 que : « Les commissaires aux comptes peuvent être « soit des personnes physiques ou des sociétés de personnes soit « civiles, soit commerciales. »

88. — Cette controverse fait, une fois de plus, souhaiter une réglementation légale aussi complète et précise que possible. L'incertitude remet en question tout le système des garanties prévues pour assurer la protection des intérêts en présence. Mais ces précisions ne doivent pas seulement s'attacher aux conditions du choix des contrôleurs ; il importe également pour garantir l'efficacité du contrôle de préciser aussi nettement que possible quelles doivent être l'étendue de leur pouvoir d'investigation et les modalités du résultat de leur mission, autrement dit de déterminer aussi exactement que possible la fonction des contrôleurs des comptes.

TITRE II

LA FONCTION DE CONTROLE COMPTABLE

89. — Il s'agit essentiellement d'un *contrôle de la régularité* des opérations de la société; ce contrôle, comme son nom l'indique, s'exerce essentiellement sur les comptes sociaux. Pour déterminer sa portée exacte, il convient d'examiner d'une part l'étendue du pouvoir d'investigation des contrôleurs et d'autre part les résultats de leur mission.

CHAPITRE I

L'ÉTENDUE DU CONTRÔLE COMPTABLE

90. — L'analyse des législations des pays de l'Europe des Six, en ce qui concerne la mission dévolue aux contrôleurs des comptes, laisse apparaître deux objectifs fondamentaux ; il s'agit d'une part d'opérer une vérification arithmétique dans le but de contrôler l'exactitude des chiffres tels qu'ils résultent des documents comptables ; mais les contrôleurs doivent également, et c'est le second aspect de leur mission, vérifier matériellement que les chiffres qui leur sont présentés correspondent à des valeurs réelles, autrement dit ils doivent dépasser le stade du contrôle purement arithmétique de l'exactitude des comptes sociaux pour vérifier matériellement la conformité des chiffres avec la situation réelle de la société.

Section I. — Le contrôle de l'exactitude « arithmétique » des comptes

100. — Une question préalable est celle de la présentation des comptes ; l'analyse de cette question offre en effet un intérêt double du point de vue qui est le nôtre, d'une part parce qu'ayant pour but précisément de faciliter l'exercice du contrôle par les actionnaires en le simplifiant, la présentation des comptes apparaît au centre même de notre propos ; d'autre part et surtout parce que l'essentiel de la mission des contrôleurs consiste le plus souvent à vérifier la régularité de cette présentation au regard des prescriptions légales.

§ 1. — LA PRÉSENTATION DES COMPTES

1. — ALLEMAGNE.

101. — La législation qui a édicté les règles les plus précises à cet égard est ici encore la législation allemande.

En effet, le bilan doit être établi d'une manière claire selon les

principes de la comptabilité régulière (AktG, art. 129). Il contient une colonne des actifs et une colonne des passifs dans laquelle doit toujours figurer le capital de la société (AktG, art. 131), de même que les réserves légales et les réserves facultatives.

En outre, et c'est à notre avis la disposition la plus importante à cet égard, le bilan doit être établi selon un schéma détaillé indiquant les divers postes qui doivent y figurer (art. 131). Il en est de même du compte de pertes et profits (art. 132 de la loi du 30 janvier 1937 modifié par la loi du 23 décembre 1959) (1) (staffelform). L'idée essentielle du législateur allemand est de donner à l'actionnaire, grâce à des prescriptions détaillées, une image aussi claire et précise que possible de la situation de l'entreprise.

102. — Un projet récent de réforme du droit des sociétés anonymes en Allemagne est d'ailleurs allé plus loin encore dans cette voie (2). Dans le double dessein de donner un reflet plus exact de la situation de la société et de faire apparaître plus clairement son degré de liquidité, il accroît encore les prescriptions en matière de présentation des comptes en insérant au bilan des postes nouveaux ou des subdivisions nouvelles telles la distinction des dettes ou créances à court ou long terme. De plus, en ce qui concerne le compte de pertes et profits, alors que la réforme du 23 décembre 1959, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1960, permet à l'heure actuelle de choisir entre deux méthodes de présentation : la méthode traditionnelle du « Kontoform » (présentation synthétique) et celle du « staffelform » (présentation analytique) dite méthode de l'échelonnement, le projet de réforme propose l'abandon de la méthode traditionnelle du Kontoform pour celle du Staffelform (3), toujours dans le même dessein : faciliter aux actionnaires le contrôle du fonctionnement de l'entreprise en faisant notamment apparaître la distinction entre le bénéfice de l'entreprise et le bénéfice d'exploitation.

2. — BELGIQUE ET LUXEMBOURG.

103. — Les législateurs belges et luxembourgeois se sont montrés beaucoup moins précis que le législateur allemand. L'article 77 des lois coordonnées certes, prévoit que le bilan doit mentionner séparément à l'actif, l'actif immobilisé (qui doit subir les amortissements nécessaires), l'actif réalisable, et au passif, le capital, les réserves légales, les réserves statutaires, les obli-

(1) Rolf Serick : *Les sociétés en Allemagne*. Recueils pratiques du Droit des affaires dans les pays du Marché commun. *Op. cit.*, Allemagne, deuxième partie, n° 15511.

(2) Voir sur ce point Etienne Cerexhe : Le projet de réforme du droit des sociétés anonymes en Allemagne. *Revue du Marché commun*, 1960, p. 420.

(3) Méthode analysée et critiquée d'ailleurs par E. Cerexhe, *op. cit.*, p. 422.

gations, les dettes avec hypothèque ou gages et les dettes sans garantie réelle (4) ; mais les bilans tels que présentés, s'ils permettent de constater le degré de solvabilité de la société considérée, ne permettent par contre en aucune façon d'apprécier ses liquidités et de connaître ses participations éventuelles dans d'autres sociétés.

3. — ITALIE.

104. — Le régime italien paraît plus précis à cet égard ; le bilan est défini : l'exposé résumé de la situation patrimoniale de la société ; et le code civil comprend des règles très complètes sur le bilan, sa rédaction et les méthodes d'évaluation de ses différents éléments (5).

Aux termes de l'article 2423 du code civil, du bilan et du compte des profits et pertes doivent se dégager avec clarté et précision la situation patrimoniale de la société ainsi que le bénéfice réalisé ou les pertes subies.

L'article 2424 du code mentionne avec luxe de détails le contenu du bilan et l'importance des précisions qu'il contient permet de comparer ce texte à un véritable bilan type. On doit d'ailleurs signaler qu'une loi du 4 mars 1958 (n° 191) a fixé des « règles pour l'établissement du bilan annuel des sociétés, entre-prises et organismes de production et de distribution de l'énergie électrique », obligeant ces sociétés à adopter un cadre type de bilan et de compte de profits et pertes concernant l'exercice allant du 1^{er} janvier au 31 décembre (6).

4. — PAYS-BAS.

105. — Sur ce point, une fois encore, le législateur hollandais n'a prévu que fort peu de règles précises ; l'article 42 K dispose seulement que la direction établit chaque année dans les huit mois de la fin de l'exercice un bilan et un compte de pertes et profits. Ces documents doivent être signés par tous les administrateurs. Quant à la présentation proprement dite, l'article 42 b K ne donne que des précisions relatives à l'actif.

Nous sommes donc très loin de la formule du bilan-type.

5. — FRANCE.

106. — Notre législateur a considéré que la permanence dans le mode de présentation des comptes d'une société constituait

(4) Jacques Heenen : Les sociétés en Belgique. *Rec. Collection Jupiter, op. cit.*, deuxième partie, Belgique, n° 15.51.

(5) Voir sur ce point Jean Escarra : *Cours de droit commercial complémentaire* (Législation commerciale comparée). Licence 3^e année, 1954-1955, p. 331.

(6) Italo Uberti Bona, Raffaele Nobili et Tuttiq Ascarchi : Etudes juridiques sur les sociétés en Italie. *Rec. Coll. Jupiter, op. cit.*, Italie, n° 1551.

une garantie essentielle pour les actionnaires et les créanciers sociaux. Il a donc posé le principe de l'immutabilité de ce mode de présentation, sauf décision expresse de l'assemblée générale des actionnaires approuvant chacune des modifications. Il a fait des commissaires aux comptes les gardiens de cette permanence en exigeant d'eux qu'ils signalent les modifications apportées dans la présentation du bilan et du compte de profits et pertes par rapport à l'année précédente et qu'ils en expliquent les motifs, pour éclairer l'assemblée générale qui doit se prononcer : « Le bilan et le compte de profits et pertes présentés à l'assemblée des actionnaires doivent être établis chaque année dans la même forme que les années précédentes et les méthodes d'évaluation des divers postes doivent être immuables, à moins que l'assemblée générale, après avoir pris connaissance des motifs exposés dans le rapport des commissaires n'approuve expressément chacune des modifications apportées, soit au mode de présentation des chiffres, soit aux méthodes d'évaluation » (7).

La loi elle-même n'a pas imposé un type rigide de présentation. Elle prescrit uniquement que le bilan soit sincère, et l'article 15, al. 5 de la loi du 24 juillet 1867 édicte des sanctions pénales contre ceux qui « ont sciemment publié ou présenté aux actionnaires un bilan inexact en vue de dissimuler la véritable situation de la société ».

La loi ne prévoit pas davantage le contenu détaillé du compte de profits et pertes. Elle se contente de préciser que celui-ci doit exprimer, sous des rubriques distinctes, les profits et les pertes de provenances diverses (8).

107. — En revanche, le plan comptable de 1957 a établi un bilan type organisant une présentation rigoureuse des divers postes d'actif et de passif. Les postes d'actif sont présentés en ordre de liquidité croissante, ceux de passif en ordre d'exigibilité croissante (Cf. bilan type d'après le Plan comptable général 1957 (9)).

Mais si l'utilisation de ce bilan type est vivement recommandée, notamment par l'usage commercial et la loi fiscale, s'il s'impose à certaines entreprises comme les entreprises nationalisées ou les sociétés d'économie mixte, il est pour la majorité des cas facultatif.

6. — SYNTHÈSE COMPARATIVE.

108. — Au terme de cette analyse, il apparaît que la plupart des pays considérés ont, à des degrés divers, essayé d'organiser un mode rationnel de présentation des comptes, le régime le plus précis et le plus rigoureux à cet égard étant le régime allemand.

(7) Décret-loi 30 octobre 1935, mod. loi 1867, art. 35, al. 1^{er}.

(8) Loi du 24 juillet 1867, art. 35, al. 1^{er}.

(9) *Infra*, p. 55.

Il importe de réglementer aussi étroitement que possible ce mode de présentation des comptes ; il constitue en effet la clef de voûte du contrôle des comptes et même du contrôle en général. Le corollaire de cette organisation légale de la présentation des comptes sera évidemment une uniformisation qui ne peut être que souhaitable.

De surcroît, et l'observation est d'importance, tout en accroissant les possibilités des contrôleurs, la présentation rigoureuse et uniforme des comptes sera un instrument de politique financière fort appréciable au service des administrateurs, par application des principes modernes de la gestion financière (méthode des ratios, tableau de bord) qui reposent précisément sur l'existence d'une présentation rigoureuse et uniforme des comptes et notamment du bilan (10).

En France en particulier, le bilan type tel que dégagé par le plan comptable de 1957 a été fort apprécié par les praticiens. Il serait opportun, semble-t-il, d'en exiger légalement l'application systématique.

Dans une société de type européen, il faudrait prévoir une réglementation aussi précise que possible de l'organisation et de la présentation des comptes.

Mais la réglementation de la présentation des comptes ne constitue qu'un auxiliaire, fort appréciable d'ailleurs pour les contrôleurs ; la généralisation de la formule des bilans-type constituera pour eux un instrument de travail en facilitant leur mission, spécialement leur contrôle « arithmétique ». C'est à l'analyse de cette mission proprement dite qu'il nous faut arriver maintenant.

§ 2. — LA VERIFICATION DE L'EXACTITUDE ARITHMETIQUE DES COMPTES

1. — PRINCIPES GÉNÉRAUX.

109. — La mission première des contrôleurs des comptes consiste à vérifier l'exactitude « arithmétique » des comptes sociaux ; ils doivent, pour ce faire, vérifier d'abord la régularité de la présentation des comptes au regard de la loi et des statuts, mais ils doivent également et surtout vérifier l'exactitude des chiffres et des calculs comptables qui leur sont présentés.

Cet aspect essentiellement arithmétique de leur mission a été dégagé par chacun des législateurs européens. Le paragraphe 139 de la loi allemande (AktG) précise que les contrôleurs de règlement doivent vérifier si la comptabilité, le règlement des comptes annuels et le rapport social, dans la mesure où celui-ci explique les détails du règlement de comptes annuels, sont conformes aux

(10) Sur ce point, cf. G. Depallens : *Théorie et pratique de la gestion financière de l'entreprise*, 2^e éd., 1963.

BILAN-TYPE d'après le Plan Comptable Général 1957

Actif (ou emploi des fonds)	Mon- tants	Passif (ou provenance des fonds)	Mon- tants
FRAIS D'ÉTABLISSEMENT vite amortis		CAPITAL PROPRE ET RÉSERVES	
moins : Amortissements		<i>Capital social ou personnel</i>	
		Capital appelé	
		Capital non appelé	
IMMOBILISATIONS		<i>Primes d'émissions d'actions</i>	
<i>Terrains</i>		<i>Réserve légale</i>	
moins : Amortissements		<i>Réserves statutaires et contrac-</i>	
moins : Provisions pour dépré- ciation		<i>tuelles</i>	
<i>Constructions</i>		<i>Réserves provenant de subventions</i>	
moins : Amortissements		<i>d'équipement</i>	
<i>Matériel et outillage</i>		<i>Réserves facultatives + plus-values</i>	
moins : Amortissements		<i>cession à réinvestir</i>	
<i>Matériel de transport</i>		<i>Réserves de renouvellement des im-</i>	
moins : Amortissements		<i>mobilisations.</i>	
<i>Mobilier, agencements, installations</i>		<i>Réserves de renouvellement des</i>	
moins : Amortissements		<i>stocks</i>	
<i>Immobilisations incorporelles</i>		<i>Réserve spéciale de réévaluation</i>	
moins : Amortissements		<i>Réserve correspondant à la parti-</i>	
moins : Provisions pour dépré- ciation		<i>cipation de l'Etat aux dommages</i>	
<i>Immobilisations en cours</i>		<i>de guerre</i>	
<i>Immobilisations détruites par faits</i>		plus : REPORT A NOUVEAU béné-	
<i>de guerre</i>		ficiare	
moins : Amortissements		moins : REPORT A NOUVEAU défi-	
		citaire	
AUTRES VALEURS IMMOBILISÉES			
<i>Prêts à plus d'un an</i>		SITUATION NETTE comptable	
moins : Provisions pour dépré- ciation		(avant résultats de l'exerc.)	
<i>Titres de participation et autres</i>		= Capital propre et réserves +	
<i>titres difficilement réalisables (prix</i>		ou — Report à nouveau	
<i>d'achat ou partie libérée)</i>			
moins : Provisions pour dépré- ciation		SUBVENTIONS D'ÉQUIPEMENT	
<i>Titres de participation et autres</i>		REÇUES	
<i>titres difficilement réalisables (par-</i>		moins : Subventions passées en	
<i>tie non libérée)</i>		profits	
<i>Dépôts et cautionnements : Loyer</i>		PROVISIONS POUR PERTES ET	
<i>d'avance, Eau, Gaz, Electricité</i>		<i>CHARGES IMPRÉVISIBLES</i>	
		<i>Provisions pour risques</i>	
		<i>Provisions pour renouvellement des</i>	
		<i>immobilisations d'entreprises con-</i>	
		<i>cessionnaires</i>	
		<i>Provisions pour charges à répartir</i>	
		<i>sur plusieurs exercices</i>	
		<i>Provisions pour retraites obliga-</i>	
		<i>toires du personnel</i>	

Actif (ou emploi des fonds)	Mon- tants	Passif (ou provenance des fonds)	Mon- tants
VALEURS D'EXPLOITATION <i>Matières ou fournitures</i> moins : Provisions pour dépréciation <i>Produits ou travaux en cours</i> moins : Provisions pour dépréciation <i>Produits semi-ouvrés</i> moins : Provisions pour dépréciation <i>Produits finis</i> moins : Provisions pour dépréciation <i>Marchandises</i> moins : Provisions pour dépréciation <i>Emballages commerciaux</i> moins : Provisions pour dépréciation VALEURS RÉALISABLES A COURT TERME <i>Fournisseurs : avances et acomptes versés sur commandes d'exploitation</i> <i>Débiteurs divers et prêts à moins d'un an</i> moins : Provisions pour dépréciation <i>Clients</i> moins : Provisions pour dépréciation <i>Comptes de régularisation. Actif</i> Ch. payées d'avance, Sécurité et Impôts <i>Titres de placement (partie non libérée)</i> <i>Effets à recevoir non actuellement bancables</i> VALEURS DISPONIBLES <i>Effets à recevoir bancables</i> <i>Warrants et autres effets gagés à recevoir</i> <i>Chèques et coupons à encaisser</i> <i>Bons du Trésor et Titres de placement immédiatement réalisables (prix d'achat ou partie libérée)</i> moins : Provisions pour dépréciation <i>Banques et chèques postaux</i> <i>Caisse</i> RÉSULTATS <i>Perte de l'exercice</i> Engagement hors Bilan : Montant des engagements reçus (avals, cautions, garanties reçues)	S T O C K S Comptes Tiers Comptes finan- ciers	DETTES A LONG ET MOYEN TERME <i>Obligations et bons à plus d'un an</i> <i>Autres dettes à plus d'un an</i> <i>Billets de fonds</i> DETTES A COURT TERME <i>Fournisseurs</i> <i>Clients : Avances et acomptes reçus sur commandes en cours</i> <i>Autres créanciers</i> <i>Comptes de régularisation. Passif</i> <i>Obligations et bons à moins d'un an</i> <i>Autres emprunts à moins d'un an</i> <i>Banques</i> <i>Effets à payer</i> <i>Warrants et autres effets gagés à payer</i> RÉSULTATS <i>Bénéfice de l'exercice</i> Engagement hors Bilan : Montant des engagements donnés (avals, cautions, garanties données)	

prescriptions légales (11) ; l'article 65 des Lois coordonnées précise également ce rôle de vérification des livres et des comptes sociaux dévolu aux contrôleurs, indiquant d'ailleurs que sur ce point ils peuvent se faire assister par un expert. La jurisprudence a même précisé que cette faculté appartient uniquement au collège des contrôleurs (12).

110. — L'article 2403, al. 1^{er} du code civil italien de son côté précise que les sindaci doivent veiller à l'observation de la loi et des statuts et s'assurer de la tenue régulière de la comptabilité sociale. Ils doivent, pour ce faire, vérifier par exemple la concordance du bilan et du compte de profits et pertes avec les résultats des livres et écritures comptables.

La même idée a inspiré le législateur français qui, à l'article 32 de la loi de 1867 (mod. par le décret-loi du 31 août 1937) a précisé que la mission des commissaires était essentiellement de « vérifier les livres... de la société, de contrôler la régularité et la sincérité des inventaires et des bilans... ».

111. — Seul le législateur néerlandais n'a pas déterminé la mission ni les pouvoirs des contrôleurs ; c'est que la nomination des commissaires aux Pays-Bas est essentiellement facultative ; leur compétence est déterminée par les statuts (W. K. art. 50, al. 2). L'article 52 prévoit cependant que les commissaires peuvent être chargés de contrôler l'établissement des comptes d'exercice. C'est le plus souvent l'essentiel de leur mission, mais il demeure que sur ce point encore la loi s'en remet principalement aux statuts.

2. — MOYENS DE CONTRÔLE.

112. — Il résulte des principes qui viennent d'être dégagés que le contrôle de l'exactitude « arithmétique » nécessite essentiellement la communication aux contrôleurs en temps opportun des principaux documents comptables, c'est-à-dire essentiellement du bilan, de l'inventaire et du compte de profits et pertes. C'est ce que précise l'ensemble des législations considérées sous les réserves faites précédemment en ce qui concerne les Pays-Bas. La plupart d'entre elles ont pris soin de fixer un délai minimum dans lequel doivent être présentés aux contrôleurs les documents précités ; c'est ainsi par exemple que le code civil italien a précisé que le bilan doit être communiqué par les administrateurs au collège des sindaci avec le rapport et les documents justificatifs, trente jours au moins avant le jour fixé par l'assemblée générale (Code civil, art. 2342). L'article 34, al. 2 de la loi française de 1867 dispose de son côté que « l'inventaire, le bilan et

(11) Cf. J. Escarra : *Cours de Droit commercial complémentaire* (Législation commerciale comparée). Licence 3^e année, 1954-1955, p. 294.

(12) Comm. Gand, 1^{er} juillet 1916, Pasierisie, 1919, III, 215.

« le compte de profits et pertes doivent être mis à la disposition
« des commissaires quarante jours au moins avant la date de
« l'assemblée générale ».

113. — Mais là ne s'arrête pas la mission des contrôleurs des comptes ; il ne suffit pas en effet d'avoir vérifié la régularité de la tenue des comptes sociaux, il ne suffit pas d'avoir opéré une vérification « arithmétique » de la concordance des chiffres figurant sur les divers documents comptables, pour assurer la protection des intérêts en présence, il faut encore vérifier que les chiffres présentés correspondent bien à la situation économique réelle de la société ; c'est l'objet du deuxième aspect du contrôle comptable : le contrôle de l'exactitude matérielle des comptes.

Section II. — Le contrôle de l'exactitude matérielle des comptes

114. — Sur ce terrain une fois encore, la législation britannique a servi de modèle. Le principe de base posé en Angleterre est que les auditors doivent faire apparaître « la situation exacte
« de la société telle qu'elle ressort de leur information et des
« explications qui leur ont été données et telle qu'elle apparaît
« dans les livres de la société.

« Tout auditor d'une société aura à tout moment le droit de
« consulter les livres, les comptes et les pièces justificatives de
« la société et il pourra demander aux administrateurs et aux
« employés de la société toute information ou explication qui
« pourra être nécessaire pour l'accomplissement de ses devoirs »
(Art. 134).

Autrement dit, le rôle essentiel de l'auditor est de vérifier si le bilan reflète bien la situation exacte de la société (13). Et la jurisprudence britannique a d'ailleurs confirmé cette mission des contrôleurs en décidant : « C'est le devoir d'un auditor de
« ne pas se confiner dans la vérification de l'exactitude arithmétique du bilan mais de s'enquérir de son exactitude matérielle
« et de s'assurer qu'il a été établi de façon à représenter d'une
« façon exacte et véritable l'état des affaires de la société » (14).

115. — Ce deuxième aspect du contrôle comptable a été repris par l'ensemble des pays considérés et si, dans certains d'entre eux, la loi n'a pas précisé expressément ce contrôle de l'exacti-

(13) S. Blind : *La présentation et le contrôle des comptes des sociétés anonymes en Angleterre et en France*, op. cit., p. 91.

(14) Leeds : Estate buildings and investments Co. V. Shepherd (1887), 36 Ch. D. 787.

tude matérielle, la pratique et la jurisprudence ont étendu en ce sens la mission des contrôleurs.

Que faut-il entendre alors par « contrôle de l'exactitude matérielle » et quels sont les moyens dont disposent les contrôleurs pour exercer cette fonction ?

Telles sont les questions qu'il nous faut envisager non seulement sur le plan des vérifications quantitatives mais encore sur celui du contrôle qualitatif exercé par le biais de la vérification des évaluations.

§ 1. — LES VÉRIFICATIONS QUANTITATIVES

116. — Les contrôleurs doivent se rendre compte de la réalité des opérations sociales ; ils doivent vérifier que les chiffres représentent soit des biens existants, soit des opérations effectuées réellement par la société. Pour ce faire, la plupart des législations précisent que les contrôleurs doivent pouvoir, dans leurs investigations, remonter à la source des opérations effectuées par la société. La loi allemande, par exemple, précise que les contrôleurs ont le droit de se renseigner par tous les moyens possibles, d'exiger toutes pièces justificatives nécessaires, de vérifier les livres, les papiers, les portefeuilles, les marchandises (15).

Les contrôleurs peuvent, par exemple, demander les brouillons d'inventaire ou les pièces premières de la comptabilité.

La législation italienne prévoit que le collège des sindaci doit vérifier non seulement la tenue régulière des livres et de la comptabilité sociale et la correspondance des comptes mais encore, au moins une fois par trimestre, la consistance de la caisse, l'existence des valeurs et des titres dont la société est propriétaire et qu'elle détient à titre de gage de garantie ou de dépôt. Elle précise même que, pour ce faire, le collège peut demander aux administrateurs les renseignements utiles (16). Quant à l'article 32 de la loi française de 1867 (modifié par le décret-loi du 31 août 1937), il prescrit également aux commissaires aux comptes de « vérifier les livres, la caisse, le portefeuille et les valeurs de la société » et, alors qu'auparavant leurs pouvoirs d'investigation étaient essentiellement temporaires, le décret-loi du 8 août 1935 a précisé : « Ils peuvent, à toute époque de l'année, opérer les vérifications ou contrôles qu'ils jugent opportuns » (17). Si certaines décisions anciennes ont prétendu réduire la mission des commissaires français à un simple examen de la concordance des chiffres des différents comptes (18), la

(15) J. Escarra : *Cours de Droit commercial complémentaire*. Licence 3^e année, 1954-1955, p. 225.

(16) J. Escarra, *op. cit.*, p. 246.

(17) Loi du 23 juillet 1867, art. 32, § 2.

(18) Aix : 27-5-1861, S. 1863-1-137. — Toulouse : 30-6-1883, *Journ. Soc.* 1886-285.

jurisprudence actuelle et les auteurs sont d'un avis différent. Le rôle des commissaires consiste « à constater que les écritures sont la fidèle expression des opérations faites par la société » (19).

117. — Cette vérification quantitative, si elle est quelquefois délicate, permet cependant un contrôle assez rigoureux. Les contrôleurs pourront, par exemple, opérer par sondages et vérifier que les quantités indiquées sur les fiches de stock à la date de l'inventaire correspondaient bien au stock réel existant à cette époque. Mais ce contrôle purement quantitatif ne permet pas, et spécialement à propos des stocks, de rendre compte totalement de la situation réelle de la société. Il doit, pour remplir son but, être assorti d'un contrôle qualitatif, c'est-à-dire d'un contrôle des évaluations.

§ 2. — LES VERIFICATIONS QUALITATIVES

118. — La question est très importante sur le plan pratique car c'est le plus souvent par le biais de ces évaluations que les fraudes sont le plus faciles.

Sur ce point, il est d'usage dans les pays anglo-saxons, avant même de commencer la vérification de l'inventaire, d'obtenir d'un chef responsable un état indiquant quelles ont été les méthodes employées pour valoriser les stocks (20).

L'idéal serait évidemment de réglementer légalement les modes d'évaluation, la question des évaluations étant en quelque sorte le pendant de celle de la présentation des comptes. C'est ce qu'ont tenté certaines législations, notamment la loi allemande qui, outre les règles spécifiant les principaux postes d'actif et de passif du bilan, eux-mêmes subdivisés en rubriques adéquates, a indiqué le mode d'évaluation des principaux postes, certains postes ne pouvant être fixés qu'à leur valeur d'achat ou de remplacement, notions d'ailleurs précisées par le texte légal. L'idée générale est d'empêcher, grâce à ces directives, que la situation présentée par le bilan puisse apparaître plus favorable qu'elle ne l'est en réalité (21).

Le code civil italien comprend également des règles précises sur les méthodes d'évaluation des différents éléments du bilan.

L'article 2427 de ce code contient notamment une disposition intéressante en ce qui concerne l'évaluation de l'achalandage (*Avviamento*). Il résulte de ce texte que l'achalandage ne peut être inscrit à l'actif du bilan que lorsqu'une somme a été payée à ce titre lors de l'acquisition du fonds de commerce auquel il

(19) R. Granger : *La nature juridique des rapports entre actionnaires et commissaires chargés du contrôle dans les sociétés par actions*. Paris, 1950.

(20) S. Blind, *op. cit.*, p. 99.

(21) P. Baudouin-Bugnet et G. Gozard : *La direction des sociétés par actions en France et en Allemagne*, 1941, p. 107.

se rapporte et pour un montant qui ne peut être supérieur au prix payé (22). Malheureusement, le législateur n'a pas réglementé avec autant de précision le régime des évaluations dans tous les pays considérés. En France particulièrement, « le commissaire est laissé à sa seule intuition dans tous les cas où ceux-ci (les stocks) sont d'une nature telle qu'un technicien serait nécessaire pour les évaluer » (23).

119. — Aux termes de cette analyse, il apparaît que le principe du double aspect du contrôle des comptes (vérification arithmétique et vérification matérielle) se trouve consacré par l'ensemble des pays considérés. Mais l'efficacité de ce double contrôle se trouve conditionnée par l'existence de normes légales réglementant la présentation des comptes et les modes d'évaluation. La seconde de ces questions est évidemment la plus difficile à résoudre et ne l'est à l'heure actuelle que très imparfaitement dans la plupart des pays du Marché commun ; mais c'est surtout par la réglementation de ces deux problèmes, plus que par celle des pouvoirs des contrôleurs des comptes, que l'on pourra accroître les garanties tendant à protéger les actionnaires et à assurer la sécurité des tiers.

Il reste à déterminer l'aboutissement de la mission des contrôleurs comptables, qui se traduira par un rapport qui sera le résultat de la fonction de contrôle comptable.

(22) J. Escarra, *op. cit.*, p. 331.

(23) S. Blind, *op. cit.*, p. 145.

CHAPITRE II

LES RÉSULTATS DU CONTRÔLE COMPTABLE

120. — Dans tous les pays de l'Europe des Six, le résultat du contrôle effectué par les commissaires est matérialisé dans un rapport ; les seules divergences en ce qui concerne ces rapports généraux sont relatives à la détermination de leur contenu, à celle de leurs destinataires.

Mais à côté de ce rapport général et d'autres rapports particuliers que nous verrons plus loin, la législation française a prévu un rapport spécial des commissaires aux comptes qui n'existe dans aucune autre législation ; c'est le rapport spécial de l'article 40 de la loi de 1867 exigé lorsqu'ont été passées des conventions particulières entre les administrateurs et la société.

Section I. — Les rapports généraux

§ 1. — LEUR CONTENU

121. — Le problème s'est posé de savoir si le rapport des contrôleurs devait être détaillé et reproduire avec précision les résultats de leur mission ou si au contraire il devait constituer un simple certificat approuvant ou non les comptes sociaux.

Les intérêts en conflit sont évidemment d'une part le souci d'informer aussi précisément que possible les actionnaires et les créanciers de la société, mais d'autre part le secret traditionnel des affaires.

122. — 1) La solution anglaise à cet égard est qu'en pratique, lorsqu'il n'y a rien à signaler, les auditors se bornent à paraphraser l'article 134 déjà cité (1). En fait, c'est plus un certificat qu'un véritable rapport et on a coutume de dire dans ce cas que ce certificat est « unqualified », c'est-à-dire donné sans restric-

(1) Cf. *supra*, n° 114.

tion. Mais il est évident qu'il est possible aux auditors à l'occasion de leur rapport de formuler certaines observations. Par ailleurs, si les auditors jugent que les actionnaires doivent être mis au courant de certains faits qui ne doivent pas être divulgués aux sociétés concurrentes, ils doivent en avertir les actionnaires de vive voix à l'assemblée générale. Aux termes de l'article 132, ils peuvent « faire toute déclaration et donner toutes les explications qu'ils désirent concernant les comptes ». En fait, cette disposition n'est guère appliquée, les auditors n'assistant que très rarement aux assemblées générales où leur rapport est lu en même temps que le bilan. Il devient alors inséparable de celui-là.

Il faut ajouter — et c'est là une observation extrêmement importante qui explique l'optique générale du contrôle des comptes en Angleterre — qu'au cours de leurs vérifications, les auditors font part le plus souvent de leurs observations aux chefs comptables et même aux administrateurs eux-mêmes qui, de la sorte, considèrent l'auditor non pas comme un gêneur « mais comme un technicien comptable, capable de leur donner « des avis précieux » (2).

123. — 2) En Allemagne, les contrôleurs du règlement sont également tenus de rédiger un rapport écrit sur le résultat de leur contrôle (Prüfungsbericht) (3). Ils doivent surtout constater dans ce rapport si la comptabilité, le règlement de comptes annuel et le rapport social fourni par la direction, dans la mesure où celui-ci explique les détails du règlement de comptes annuel, sont conformes aux prescriptions légales et si la direction a fourni les explications et justifications demandées.

Si, au résultat final du contrôle, il n'y a pas d'objection à formuler, les contrôleurs ont à conformer ce résultat au moyen d'un visa de confirmation (Bestätigungsvermerk) (4). Il doit résulter de cette attestation : « qu'après un contrôle loyal basé « sur les livres et écritures de la société ainsi que sur les explications et justifications fournies par la direction, la comptabilité, le règlement de comptes annuel et le règlement social, « dans la mesure où ils expliquent les détails du règlement de « comptes annuel, sont conformes aux prescriptions légales ».

Dans le cas où il y a des objections à faire, les contrôleurs doivent refuser l'attestation ou la restreindre ; c'est le cas notamment lorsque le rapport social, dans la partie où il expose la marche des affaires et la situation de la société, les présente manifestement d'une manière inexacte, de nature à tronquer l'impression qui se dégage du règlement de comptes annuel sur la situation de la société.

Cette disposition est de grande importance car dans la plupart

(2) S. Blind, *op. cit.*, p. 103.

(3) AktG, article 139.

(4) AktG, article 140.

des cas, les actionnaires ne connaîtront que l'attestation délivrée par les contrôleurs (5).

124. — 3) Les législateurs belge et luxembourgeois se sont montrés beaucoup moins prolixes.

Ils ont simplement déclaré que les commissaires sont tenus de faire un rapport qui fait connaître « le résultat de leur mission », le mode d'après lequel ils ont contrôlé les inventaires et les propositions qu'ils croient convenables (6).

Il est prévu, en outre, que le ou les commissaires réviseurs, lorsqu'il y en a, doivent établir un rapport distinct mais le contenu de ce rapport n'a pas été fixé par la loi.

125. — 4) La législation italienne n'a pas donné plus de précisions sur le rapport des sindaci, décidant simplement que les contrôleurs doivent rédiger un compte rendu relatif aux résultats de l'exercice social et à la tenue de la comptabilité. Ce compte rendu doit également faire mention de leurs observations et de leurs propositions concernant le bilan, ainsi que son approbation (Code civil, art. 2423 et 2432).

Ce compte rendu ainsi que le bilan et le compte rendu de la gestion sociale y annexés doivent rester déposés au siège social, pendant les quinze jours qui précèdent l'assemblée générale, à la disposition des associés qui voudraient les consulter.

Il est à préciser cependant qu'aux termes de l'article 152 du Code civil, les sindaci sont obligés de tenir compte, dans leur rapport, des faits d'administration, que « des actionnaires leur ont dénoncés comme répréhensibles ».

126. — 5) Dans notre pays, le rapport général des commissaires aux comptes est très bref.

La loi de 1867 ne précisait en aucune façon si les commissaires étaient tenus de mentionner certains faits dans leur rapport ; un projet de janvier 1935 tendait, en s'inspirant de la législation anglaise, à exiger que les commissaires indiquent dans leur rapport si les renseignements qu'ils ont réclamés leur ont été communiqués avec toute la diligence et la bonne volonté auxquelles ils pouvaient prétendre.

Le décret-loi de 1935 s'est borné à préciser que les commissaires doivent signaler dans leur rapport les irrégularités et inexactitudes qu'ils auront pu constater en accomplissant leur mission. Mais l'obligation indiquée plus haut à la charge des sindaci n'existe pas en France pour les commissaires (7).

L'avant-projet de loi portant réforme du droit des sociétés n'a pas apporté de modifications fondamentales sur ce point, préci-

(5) J. Escarra, *op. cit.*, p. 295.

(6) Lois coordonnées, art. 65 et 77, *in fine*, loi du 1^{er} déc. 1953, art. 3.

(7) J. Lisbonne : *Les commissaires de surveillance dans les sociétés anonymes*. Paris, 1936, n° 156, p. 132.

sant simplement que les commissaires doivent certifier l'inventaire, le bilan et le compte profits et pertes et qu'ils disposent de tous pouvoirs à cet effet, à l'exclusion de toute immixtion dans la direction. Mais cette certification paraît de caractère purement comptable, ce qui ne change guère avec le régime actuel (8).

Plus intéressante, parce qu'elle conditionne, ainsi que nous allons le voir, l'optique générale du système de contrôle, nous apparaît la détermination du destinataire du rapport des contrôleurs des comptes.

§ 2. — LE DESTINATAIRE DU RAPPORT

127. — C'est sur ce terrain, en effet, que nous allons voir apparaître l'originalité de la législation allemande en matière de contrôle dans les sociétés anonymes.

Dans cinq des pays considérés, en effet, le rapport des contrôleurs des comptes est destiné à l'assemblée générale : la Belgique et le Luxembourg, l'Italie (art. 2432 du Code civil), les Pays-Bas (W. K., art. 42 *a* et 51 *b*), enfin la France (loi de 1867, art. 34 modifié par le décret-loi du 8 août 1935). Dans la législation allemande, au contraire, ce qui est communiqué à l'assemblée n'est qu'une attestation « Bestätigungsvermerk ». Les contrôleurs du règlement (Wirtschaftsprüfer) rédigent pourtant un rapport détaillé mais — et c'est là la grande différence — ce rapport détaillé n'est pas établi à destination de l'assemblée générale mais à l'intention de l'organe de direction (Vorstand) et surtout du conseil de surveillance (Aufsichtsrat) (art. 139). Dans ce rapport détaillé, ils consignent le résultat de leurs investigations et précisent si le Vorstand a répondu aux demandes d'information.

Cette disposition particulière du droit allemand, qui ne se retrouve dans aucune autre des législations considérées, présente une importance fondamentale car elle laisse apparaître, entre l'organe de direction proprement dit et les contrôleurs des comptes, un organe intermédiaire qui viendra s'interposer également sur le terrain du contrôle entre les Wirtschaftsprüfer et l'assemblée générale (9).

128. — A côté de ces rapports généraux qui, sous des modalités diverses, se retrouvent au même titre dans chacun des pays de l'Europe des Six, et qui constituent l'essentiel du résultat de la mission des contrôleurs comptables, il convient de faire une place particulière au rapport spécial des commissaires aux comptes exigé par la législation française dans le cadre de l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867.

(8) J. Hémar : *La réforme du droit des sociétés anonymes*. Cours de doctorat, 1961-1962 (non publié).

(9) J. Escarra, *op. cit.*, p. 294. — P. Van Ommeslaghe : *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*. Bruxelles, 1960, n° 87, p. 160.

Section II. — Le rapport spécial de l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867 en droit français

§ 1. — PRINCIPE ET CONTENU

129. — Aux termes de l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867, modifié par la loi du 4 mars 1943, « toute convention entre une « société et l'un de ses administrateurs, soit directement ou « indirectement, soit par personne interposée, doit être soumise « à l'autorisation préalable du conseil d'administration. Avis en « est donné aux commissaires. Il en est de même pour les « conventions entre une société et une autre entreprise si l'un « des administrateurs de la société est propriétaire, associé en « nom, gérant, administrateur ou directeur de l'entreprise. L'ad- « ministrateur se trouvant dans l'un des cas ainsi prévus est « tenu d'en faire la déclaration au conseil d'administration. Avis « en est également donné aux commissaires.

« Les dispositions qui précèdent ne sont pas applicables aux « conventions normales portant sur les opérations de la société « avec ses clients.

« Les commissaires présentent à l'assemblée générale un rap- « port spécial sur les conventions autorisées par le conseil. « L'assemblée statue sur ce rapport... »

L'analyse de cette disposition originale du droit français sou- lève, en ce qui concerne ce rapport spécial exigé des commis- saires, un certain nombre de questions relatives notamment à la détermination des conventions visées par ce texte et celle du contenu de ce rapport spécial.

Nous analyserons enfin la solution adoptée sur ce point par l'avant-projet de loi portant réforme du droit des sociétés.

1. — LES CONVENTIONS SOUMISES A L'ARTICLE 40.

130. — *a)* Le texte vise, en principe, toutes les conventions de quelque nature qu'elles soient, conclues par la société avec l'un de ses administrateurs ou avec une autre entreprise dont l'un des administrateurs de la société serait propriétaire, associé en nom, gérant, administrateur ou directeur. Seules sont exceptées les conventions dites « normales portant sur les opérations conclues par la société avec ses clients ».

Cette disposition a donné lieu à des difficultés d'interprétation. Elle exige, en effet, deux conditions cumulatives : la convention doit être normale, par son objet d'abord en ce sens qu'elle doit porter sur des ventes ou prestations de services aux clients entrant dans l'activité normale de la société ; par ses conditions ensuite, l'administrateur devant être traité comme les autres clients passant des commandes portant sur le même produit ou

le même service (10) ; la convention doit porter ensuite sur les opérations de la société avec ses clients. Cette dernière condition a fait l'objet de certaines critiques ; certains auteurs ont, en effet, considéré qu'il était peu raisonnable d'exclure par exemple les opérations conclues avec des fournisseurs (11). La jurisprudence a néanmoins interprété ce texte de façon stricte : le client est celui qui verse de l'argent à une entreprise pour obtenir d'elle un bien ou un service dont la fourniture constitue pour cette entreprise son activité normale correspondant à son objet statutaire. Le fournisseur se distingue du client : il procure à la société des biens ou services alors que le client se les fait procurer par la société (12).

Les conventions normales de la société avec les fournisseurs ne sont pas comprises dans l'exception et ne sont donc pas dispensées des formalités de l'article 40.

131. — *b)* Une seconde question concerne la détermination des conventions soumises à l'article 40 : qui doit opérer la discrimination ? Normalement, en effet, c'est au conseil d'administration qu'il appartient de déterminer si telle ou telle convention doit être soumise aux formalités de l'article 40. La question s'est posée de savoir si le commissaire aux comptes, qui découvre des opérations soumises aux formalités dont s'agit, qui ne lui ont pas été signalées, peut de son propre chef les soumettre à l'assemblée générale.

Le Doyen Hamel se prononce pour la négative en observant que la solution contraire supposerait que les commissaires exercent un contrôle général sur l'activité du conseil d'administration, ce qui serait contraire aux articles 32 et 34 de la loi du 24 juillet 1867, sous réserve de l'obligation faite au commissaire de dénoncer les « faits délictueux dont il a eu connaissance ».

En réalité, il nous semble qu'il entre dans la mission des commissaires découvrant de telles conventions qui ne lui ont pas été soumises de les signaler à l'assemblée générale.

Cette solution conforme à l'esprit du texte peut se recommander en effet de la lettre même de l'article 34 de la loi de 1867 prescrivant aux commissaires de « signaler les irrégularités et inexactitudes qu'ils auraient relevées ».

Le défaut d'autorisation par le conseil d'administration des conventions qui auraient dû lui être soumises est une irrégularité qui doit être signalée (13).

Le domaine d'application de l'article 40 se trouvant ainsi déterminé, il convient de rechercher maintenant si le rapport spécial des commissaires aux comptes n'est qu'une simple formalité brève ou si, au contraire, il doit être spécialement détaillé.

(10) R. A. Lacan et P. Didier : « L'article 40, très sévère et trop méconnu », 1961, p. 5.

(11) Girault : *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1957, p. 133.

(12) Cour d'appel de Paris, 24-2-1954, D. 1954, p. 244.

(13) En ce sens, cf. Serge Blind, *op. cit.*

2. — LE CONTENU DU RAPPORT.

132. — La disposition fondamentale qui explique les solutions de cette matière est qu'aux termes de l'article 40 « les commissaires présentent à l'assemblée générale un rapport spécial sur les conventions autorisées par le conseil. *L'assemblée statue sur ce rapport* ». Autrement dit, l'assemblée générale ne statue pas sur le vu des conventions mais sur le vu du rapport spécial des commissaires. Dès lors, cela explique que ce rapport, contrairement au rapport général, doive être très détaillé. Cette solution a été critiquée par le Doyen Hamel (14).

Pour lui, le rapport spécial doit se borner à indiquer que les commissaires ont bien été avisés de l'existence de conventions autorisées par le conseil d'administration et qu'à l'examen elles ne présentent aucun danger pour la société. Mais la jurisprudence et la doctrine sont en général favorables à une solution différente. Elles considèrent les commissaires aux comptes comme de véritables informateurs des actionnaires. La mission du commissaire est donc une mission d'information. Il fournit des renseignements aux actionnaires qui doivent être mis à même d'exercer leur contrôle. L'information doit être générale ; les actionnaires peuvent réclamer des précisions pour apprécier si les dépenses engagées à l'occasion de ces conventions correspondent ou non à l'activité de la société, si les contrats sont onéreux ou avantageux, utiles ou dispendieux (15).

La jurisprudence particulièrement réagit avec vigueur contre le laconisme trop fréquent des rapports spéciaux ; elle exige que ce rapport permette aux actionnaires d'apprécier en connaissance de cause les avantages et les inconvénients qui résulteront pour la société des conventions passées avec les administrateurs. Elle considère que l'insuffisance du rapport spécial équivaut à l'absence de rapport et entraîne la nullité des résolutions votées relatives à l'approbation du bilan des comptes et à celle du rapport spécial (16).

3. — L'AVANT-PROJET DE LOI PORTANT RÉFORME DU DROIT DES SOCIÉTÉS.

133. — Ce texte apporte une innovation en ce qui concerne spécialement le domaine de l'article 40 et apparaît l'aboutissement des critiques signalées ci-dessus (17). Il supprime en effet la seconde condition de l'exception apportée par le texte lui-même, relative aux « conventions normales portant sur des opé-

(14) J. Hamel : Le rapport spécial des commissaires en application de l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867. *Gaz. Pal.* 1944, I, Doctrine, p. 41.

(15) Cf. sur ce point R. A. Lacan et P. Didier, *op. cit.*, p. 7. — Claude Berr : *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, 1961.

(16) Aff. Sté Galeries Barbès. Cap. Paris, 24 février 1954. G. P. 1954, I, 166.

(17) *Supra*, n° 130.

« rations de la société avec ses clients », et précise que les dispositions de l'article 40 ne sont plus applicables aux « conventions portant sur des opérations normales et conclues à des conditions courantes ». Cette dernière notion se référant à des éléments chiffrés.

En revanche, le texte nouveau n'apporte aucune précision particulière en ce qui concerne le contenu du rapport.

Il va de soi que les formalités prescrites par l'article 40 de la loi de 1867 sont destinées à éviter que les administrateurs de la société n'abusent de leur position ou de leur pouvoir aux dépens de la société et à leur profit exclusif.

Ces précautions revêtent une importance considérable en ce qui concerne les buts premiers du contrôle, à savoir la protection des actionnaires et les créanciers de la société.

Il importe donc de rechercher les raisons de l'absence d'un rapport spécial semblable à celui des commissaires français à la charge des contrôleurs des comptes des législations étrangères et d'examiner quelles ont été les solutions prévues par ces législations pour éviter de tels abus et assurer la protection des intérêts en présence.

§ 2. — RAISONS DE L'ABSENCE D'UNE TELLE DISPOSITION DANS LES LEGISLATIONS ETRANGERES

134. — La question essentielle tranchée par la législation française à l'article 40 est celle des conflits d'intérêts entre les membres dirigeants de la société et la société elle-même. Si une telle disposition ne figure pas comme telle dans les autres législations des pays du Marché commun, c'est que les législateurs de ces pays ont fait appel à d'autres solutions pour résoudre cette délicate question.

C'est ainsi qu'en Allemagne l'Aktiengesetz (art. 79) interdit en principe aux membres de la direction toute activité concurrente de celle de la société, sauf autorisation expresse par l'Aufsichtsrat et sauf aussi à couvrir l'acte dommageable par une très courte prescription. L'article 80 du même texte interdit également en principe les prêts supérieurs aux salaires mensuels. En tout état de cause, c'est l'Aufsichtsrat qui représente la société dans les actes où celle-ci a des intérêts opposés à ceux d'un directeur (18).

Le législateur italien a également prévu une disposition importante relative aux conflits d'intérêts : celle de l'article 2373 du Code civil.

Aux termes de cette disposition, le droit de vote ne peut être

(18) Congrès international pour la création d'une société commerciale de type européen. Paris, 16-17 et 18 juin 1960. *Revue du Marché Commun*, 1960, supplément au n° 27, p. 43.

exercé par un associé, d'une manière générale, au regard des décisions dans lesquelles il a pour son compte ou pour le compte de tiers un intérêt opposé à celui de la société (19). Par ailleurs, il résulte de l'article 2391 du Code civil que « l'administrateur « qui, dans une opération déterminée, a pour son compte ou « pour le compte de tiers un intérêt opposé à celui de la société, « doit en donner avis aux autres administrateurs et au collègue « des contrôleurs et s'abstenir de participer aux décisions « concernant l'opération en question.

« Faute de ce faire, l'administrateur répond des pertes qui « résulteraient pour la société de la réalisation de l'opération.

« La décision du conseil, dans le cas où elle est susceptible de « causer un préjudice à la société, peut dans les trois mois de sa « date, être attaquée par les administrateurs absents ou dissidents et par les contrôleurs lorsque la majorité requise n'aurait pas été atteinte sans le vote de l'administrateur qui était « tenu de s'abstenir.

« Dans tous les cas sont réservés les droits acquis de bonne « foi par les tiers sur la base des actes accomplis en exécution « de la décision ».

En outre, la loi italienne interdit la concurrence des administrateurs à la société (art. 2390 du Code civil) et prévoit que les administrateurs ne peuvent voter sur des décisions concernant leur responsabilité.

Enfin, les lois coordonnées en Belgique et au Luxembourg ont précisé l'interdiction faite à la société de consentir des avances ou prêts ou de donner des garanties au profit des administrateurs (art. 64 *ter*). Elles ont également prévu que dans tous les autres cas, lorsqu'un administrateur a un intérêt opposé à la société, il doit obligatoirement le faire connaître et s'abstenir de prendre part au vote.

Ces interdictions paraissent, certes, très efficaces, mais il nous semble que l'article 40 français, dans la mesure où ses dispositions sont interprétées rigoureusement par la jurisprudence, fournisse la solution la plus satisfaisante à la question des conflits d'intérêts.

(19) J. Escarra : *Cours de droit commercial complémentaire, op. cit.*, p. 239.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

135. — Aux termes de cette analyse, il nous est apparu que l'institution d'un contrôle comptable dans les sociétés anonymes a été prévu par l'ensemble des législations des pays du Marché commun.

Les différences que nous avons relevées entre les solutions gouvernant ce contrôle comptable dans les six pays ne portent que sur les modalités de la réglementation et de la mise en œuvre de ce contrôle — en ce qui concerne par exemple le choix des contrôleurs, les conditions de leur révocation, l'étendue de leurs pouvoirs d'investigation ou le résultat de leur mission —, mais elles n'affectent pas le principe même de la nécessité au sein de chaque société anonyme de contrôleurs ayant pour mission de vérifier les comptes.

Les réformes qui seraient susceptibles d'être proposées à propos de chacune de ces questions n'ont également pour but que d'accroître encore les précisions légales dans la réglementation du choix des hommes, dans le mode de présentation des comptes sociaux et dans la détermination des pouvoirs et de la mission de ces contrôleurs.

136. — Mais compte tenu des buts essentiels assignés au contrôle, tels que nous les avons dégagés, une question importante se pose à ce stade de notre étude :

L'assurance que les comptes sociaux présentés à l'assemblée générale sont mathématiquement exacts et correspondent à la situation réelle de la société, la certitude que ces comptes ont été vérifiés, arithmétiquement et matériellement, par des censeurs présentant des garanties de compétence, d'indépendance et d'honorabilité suffisantes, épuise-t-elle le concept de contrôle de la direction des sociétés anonymes ?

Autrement dit, un contrôle de nature strictement comptable tel que celui que nous avons défini est-il suffisant pour assurer pleinement la protection des actionnaires et des créanciers sociaux, ou bien faut-il dépasser cette vérification purement comptable et lui adjoindre un véritable contrôle de la gestion de la société ?

DEUXIÈME PARTIE

LE CONTROLE DE LA GESTION

137. — Alors que le contrôle de la comptabilité porte sur des éléments chiffrés qui ne sont que la « photographie » de la situation sociale à une époque déterminée, celui de la gestion sociale, s'il s'avérait nécessaire, porterait sur des éléments dynamiques relatifs à « la bonne marche de la société », ce qui suppose dès l'abord une appréciation plus subjective.

138. — Une observation préalable est que, si dans le cadre du contrôle des comptes, les divergences entre les législations des six pays considérés ne se situaient qu'au stade des *modalités*, c'est au niveau du *principe* même de la nécessité d'un contrôle de la gestion que se situent les différences entre les régimes adoptés dans les pays du Marché Commun.

Cette observation conditionne la division même de la présente étude ; avant de tenter d'élaborer une synthèse comparative et de dégager les éléments d'une solution, il est indispensable d'analyser les systèmes en présence.

Titre I. — Analyse des systèmes en présence.

Titre II. — Solutions proposées.

TITRE I

ANALYSE DES SYSTÈMES EN PRÉSENCE

139. — Plusieurs législateurs européens, tout en admettant la nécessité d'une surveillance de la gestion venant doubler la vérification des comptes, ont cependant, sur le plan des contrôleurs, confondu en quelque sorte ces deux contrôles en permettant aux censeurs des comptes de « cumuler » les deux attributions.

Le législateur allemand, au contraire, a affirmé le principe du contrôle de la gestion sociale, mais il l'a distingué fondamentalement du contrôle des comptes et il a créé un organe particulier chargé de surveiller la gestion de la direction dans la société anonyme.

Après avoir examiné ces régimes particuliers, il conviendra, dans l'analyse des systèmes en présence, de faire une place toute particulière à celui de notre pays.

CHAPITRE I

LES SYSTÈMES « CUMULATIFS »

140. — La nécessité d'un contrôle de la gestion venant doubler le contrôle purement comptable — contrôle de la gestion s'étendant essentiellement comme un contrôle de l'opportunité, et s'opposant ainsi à celui de la stricte régularité — est affirmée dans les diverses législations étudiées, sous cette rubrique. Mais celles-ci n'ont pas jugé opportun de confier ce contrôle de la gestion sociale à d'autres personnes que celles chargées de la vérification comptable. C'est la solution qui ressort de l'examen des législations belge et luxembourgeoise, des régimes italien et hollandais.

Section I. — Les législations belge et luxembourgeoise

141. — Les commissaires, en Belgique et au Luxembourg, ont « un droit illimité de surveillance et de contrôle sur toutes les opérations de la société » (1).

C'est très probablement en vue d'un contrôle exclusivement comptable que le législateur belge a permis aux commissaires de s'adjoindre, lorsqu'ils le désiraient, un expert pour vérifier les comptes et les livres sociaux (loi du 1^{er} décembre 1953), et ce avec l'agrément de la société ou — à défaut — en demandant sa désignation en justice. Mais il reste que l'essentiel de la mission des commissaires est constitué par une surveillance générale de la gestion sociale et des divers actes accomplis par les dirigeants.

Le rôle ainsi dévolu aux contrôleurs belges et luxembourgeois laisse apparaître, dès lors, un problème important que nous verrons poindre à nouveau dans d'autres législations, celui de la frontière, fort délicate à déterminer, entre le strict contrôle de la gestion sociale et l'immixtion dans la gestion.

(1) Lois coordonnées, art. 65.

142. — Dans la mesure, en effet, où le contrôle de la gestion conduit les contrôleurs à apprécier « l'opportunité » des décisions prises par les dirigeants sociaux, il peut devenir difficile de déterminer où finit le contrôle et où commence la gestion proprement dite.

Le problème s'est posé spécialement aux législateurs belge et luxembourgeois. Ils ont considéré à ce sujet que, lorsqu'un litige survenait entre les contrôleurs et l'administration à propos d'une décision de celle-ci, les commissaires ne pouvaient mettre obstacle à l'exécution de la décision, mais leur collègue avait le droit de convoquer l'assemblée générale et d'en fixer l'ordre du jour.

143. — Il importe de préciser que la Commission belge de réforme des lois coordonnées sur les sociétés commerciales semble abandonner cette solution « cumulative ».

Son projet propose en effet la création de deux organes au sein de l'administration, l'un chargé sous sa responsabilité de la gestion et de la représentation, l'autre investi de la mission de déterminer la politique générale de la société, de surveiller la gestion, et éventuellement de donner son approbation à certains actes importants déterminés par la loi ou les statuts (3), de sorte qu'il semble bien, dans la conception du projet, que seul ce second organe ait une mission de surveillance de la gestion sociale, la fonction des commissaires se limitant en conséquence à un contrôle purement comptable.

Section II. — Le régime italien

144. — Le législateur italien, s'il a mis l'accent dans la détermination de la mission des sindaci sur le contrôle des comptes, a cependant affirmé dans l'article 2403 du Code civil que le rôle essentiel du collège des sindaci est « de contrôler l'administration de la société ».

Autrement dit, la mission des contrôleurs italiens ne se borne pas à une vérification purement comptable, mais s'étend à l'examen de la légalité de la gestion en général (4).

La même disposition du Code civil prévoit d'ailleurs à ce sujet que les sindaci peuvent, à tout moment, procéder même individuellement à des actes d'inspection et de contrôle (art. 2403, § 3), qu'ils peuvent demander aux administrateurs des renseignements

(2) Van Ryn : *Principes de droit commercial*, t. II, n° 667.

(3) Pierre Van Ommeslaghe : *Le régime des sociétés par action et leur administration en droit comparé*, op. cit., n° 146, p. 256.

(4) Fre G. : *Società per azioni* (art. 2325-2461). In *Commentario del codice civile* par Sciajola et Branca. 2^e éd., Bologne et Rome, 1959, art. 2403, n°s 1 à 3.

sur la marche des opérations sociales ou sur des affaires déterminées (art. 2403, § 4).

Enfin, l'article 2405, § 1, du Code civil, précise que les contrôleurs doivent assister aux séances du conseil d'administration et de l'assemblée générale et qu'ils peuvent assister aux réunions du comité exécutif.

145. — Il est à préciser cependant que les sindaci, qui ont pour mission essentielle la surveillance de la gestion sociale, ne peuvent s'immiscer dans cette gestion ni se faire juges de l'opportunité des actes accomplis par l'administration, mais seulement de leur conformité à la loi (5).

La formule paraît ici plus restrictive que celle adoptée par les législateurs belge et luxembourgeois et, là encore, la frontière entre le contrôle de la gestion et l'immixtion dans la gestion risque, dans certains cas, d'être difficile à déterminer. Il reste, et c'est l'essentiel à notre point de vue, que le législateur italien considère que le contrôle purement comptable est insuffisant pour assurer la protection des intérêts en présence, que cette protection ne peut être obtenue que par une véritable surveillance de la gestion, enfin que cette double fonction de contrôle des comptes et de la gestion doit être confiée à un seul corps de contrôleurs : le collège des sindaci.

Section III. — La solution hollandaise

146. — La loi hollandaise, ainsi qu'on l'a vu plus haut (6), n'a pas défini avec précision les pouvoirs des commissarissen. Leur compétence est déterminée par les statuts.

Nous avons vu également que les commissarissen ne constituent qu'un organe facultatif et que, du moins dans les sociétés anonymes dites fermées, ils pouvaient ne pas exister.

En ce qui concerne la fonction de ces contrôleurs l'article 50 *b* W. K. décide : « Sont censés être commissaires tous ceux qui, même sous un autre nom, remplissent auprès de la société anonyme des fonctions dont une telle société anonyme charge en général un commissaire. »

Sous ces réserves, la fonction généralement dévolue aux commissarissen est essentiellement une fonction de contrôle qui porte à la fois sur les comptes et sur la gestion sociale.

147. — Mais, et c'est là la grande originalité de la législation néerlandaise, les commissarissen ne sont pas seulement chargés de contrôler la société, ils doivent également veiller à la bonne

(5) P. Van Ommeslaghe, *op. cit.*, p. 220, n° 122.

(6) Cf. *supra*, n° 105.

marche des opérations sociales et conseiller le plus souvent la direction à cet effet, de sorte que les commissaires hollandais jouissent dans la société d'une position très importante : ils constituent beaucoup plus qu'un simple organe de contrôle des comptes et de la régularité de la gestion ; ils ont le droit et le plus souvent le devoir de participer activement à cette gestion.

148. — L'origine de cette institution se trouve dans les grandes compagnies hollandaises du ^{xvii}^e siècle, et notamment la Compagnie des Indes Orientales, qui possédaient déjà un collège constitué par des actionnaires qui contrôlaient la gestion, arrêtaient les comptes, faisaient des suggestions aux administrateurs. Ces personnes prirent, en 1720, le titre de « Commisarissen » ; elles furent chargées à la fois d'une mission de surveillance proprement dite et de fonctions d'administration (7), se substituant le plus souvent aux actionnaires dans la mission de surveiller d'une façon étendue la gestion des « Bestuurders » (8).

149. — A l'heure actuelle, les statuts des sociétés hollandaises comportent le plus souvent des listes d'actes que les « Bestuurders » ne peuvent accomplir que moyennant l'accord des Commisarissen. C'est là consacrer le principe de l'immixtion des contrôleurs dans la gestion sociale.

Il est d'ailleurs prévu par la loi que les Commisarissen peuvent, à tout moment, suspendre tout administrateur (W. K., art. 51 a), la suspension pouvant d'ailleurs en tout temps être levée par l'assemblée générale.

En outre, les Commisarissen peuvent, en vertu des statuts ou d'une décision de l'assemblée générale, pour un certain temps ou en certaines circonstances, accomplir des actes d'administration. Ils sont, en ce cas, en ce qui concerne leurs droits et obligations envers la société et les tiers, considérés comme des administrateurs.

Il convient de noter, en outre, que la pratique des sociétés aux Pays-Bas a toujours favorisé cette immixtion dans la gestion des Commisarissen, sous des formes diverses : collaboration avec les administrateurs, approbations à fournir, arbitrage des différends qui pourraient naître au sein de la société (9).

150. — Ainsi, dans les quatre pays considérés, la réponse à la question posée en exergue est la même ; un contrôle de la gestion sociale doit doubler le contrôle de la régularité des comptes, la mission de contrôle de la gestion appartient aux contrôleurs des comptes.

(7) P. Van Ommeslaghe, *op. cit.*, n° 138, p. 242.

(8) Van der Heijden E. et Van der Grinten W. C. L. : *Handboek voor de naamloze vennootschap naar Nederlands recht*, 5^e éd., Zwolle, 1950, n°s 273 à 278. — Fredericq : *Traité de droit commercial belge*, t. VI, Pays-Bas, n°s 904 et 907.

(9) Jacques Van Wynendaele et Hippolyte Wouters, *op. cit.*, n° 81, p. 355.

Dès lors, les questions relatives au statut des contrôleurs de la gestion sont résolues par là même puisqu'il suffit de se référer sur ce point aux solutions dégagées en matière de contrôle des comptes.

151. — Mais dans tous ces régimes, une autre idée apparaît, celle de l'unité de l'organe d'administration. C'est cette idée que le projet de réforme des lois coordonnées belges a semblé vouloir battre en brèche en préconisant la création d'un double organe d'administration, l'un chargé de la gestion proprement dite et de la représentation, l'autre de la détermination de la politique générale de la société et de la surveillance de la gestion (10).

152. — Ce principe de l'unité de l'organe d'administration se trouve absent dans les législations allemande et française. Il se trouve remplacé, en effet, par un régime dualiste.

Il importe d'examiner les conséquences de cette dualité d'organes dans l'administration au regard de la question du contrôle de la gestion dans chacun de ces deux pays.

(10) Cf. *supra*, n° 143.

CHAPITRE II

LE RÉGIME ALLEMAND

153. — La mission dévolue aux Wirtschaftsprüfer est exclusivement une mission de contrôle des comptes (art. 135, AktG) (1). Les Wirtschaftsprüfer n'ont pour fonction que de « vérifier l'exactitude et la sincérité des comptes et du rapport social et surveiller l'observation des dispositions légales et réglementaires sur la présentation et la reddition des comptes » (2).

Ils ne doivent, en aucune façon, porter de jugement sur l'opportunité des actes de gestion.

Autrement dit, le contrôle exercé par les Wirtschaftsprüfer est un contrôle purement comptable.

154. — Et pourtant le contrôle de la gestion sociale est bien loin d'être absent de la législation allemande.

A la base des solutions dégagées sur ce point par le législateur germanique, un principe fondamental doit être mis en relief : le principe du chef (Führer-prinzip).

Le Führerprinzip peut se résumer ainsi : « Toute activité à mener dans un but déterminé appelle un chef. Celui-ci doit avoir l'autorité nécessaire pour décider et agir au moment voulu. En contrepartie, il doit être responsable de ses décisions et de ses actes. En outre, pour éviter préventivement qu'il n'abuse des pouvoirs qui lui sont donnés, ou qu'il ne les détourne de leur objet, il doit être contrôlé » (3).

Ce principe du chef a fortement marqué la législation allemande des sociétés par actions et s'est traduit, sinon par la création d'organes nouveaux dans l'administration, du moins par une détermination rigoureuse des pouvoirs et de la responsabilité de ces organes (4).

155. — L'administration de la société anonyme allemande est caractérisée par l'existence de deux organes fondamentaux qui

(1) Miroslav Kovarik : Commissaires aux comptes et Wirtschaftsprüfer. Thèse Paris, 1962, n° 184, p. 197.

(2) P. Van Ommeslaghe, *op. cit.*, n° 87, p. 159.

(3) P. Baudouin-Bugnet et G. Gozard : *La direction des sociétés par actions en France et en Allemagne*, 1941, p. 122.

(4) Voir *supra*, n° 34.

doivent s'équilibrer : Le « Vorstand » (organe de direction), est chargé sous sa responsabilité de « conduire la société » (« Leitung der Gesellschaft »), ce qui lui confère le pouvoir de gestion (« Geschäftsführung ») et le pouvoir de représentation (« Vertretung »).

L'Aufsichtsrat ou conseil de surveillance est chargé, au premier chef en tout cas, d'assurer la surveillance de la gestion du Vorstand.

C'est à ce conseil de surveillance qu'appartient, en droit allemand, la fonction de contrôle de la gestion ; il convient donc d'examiner tout d'abord quels sont l'étendue de la mission et les pouvoirs de ce conseil de surveillance ; ensuite, puisque ces contrôleurs sont distincts des contrôleurs des comptes, il conviendra d'examiner comment sont désignés ces censeurs de la gestion en analysant la composition de ce conseil de surveillance.

Section I. — Mission et pouvoirs du conseil de surveillance

§ 1. — MISSION GENERALE DE SURVEILLANCE

156. — Le rôle essentiel de l'Aufsichtsrat est de contrôler l'administration de la société.

Les droits et devoirs du conseil de surveillance sont déterminés par le paragraphe 95 de la loi de 1937 : « Premièrement le conseil de surveillance surveille l'administration ». Ce droit de surveillance comporte non seulement le contrôle de la régularité et de la légalité des actes de gestion, mais aussi celui de leur opportunité. Il ne s'agit donc pas d'un contrôle analogue à celui des commissaires ou des « sindaci » dans d'autres législations, mais d'une surveillance qui porte sur tous les aspects de la gestion (5).

Avant d'examiner comment se présentent les résultats de ce contrôle, il convient d'analyser les moyens d'investigation qui sont à la disposition du conseil de surveillance pour exercer sa fonction.

1. — L'ÉTENDUE DU POUVOIR DE CONTRÔLE ET LES MOYENS D'INVESTIGATION DU CONSEIL DE SURVEILLANCE.

157. — a) Aux termes du paragraphe 95 précité de la loi de 1937, le conseil de surveillance peut « à tout moment... demander

(5) Schlegelberger F., Quassowski, Herbig, Gessler et Hefermehl : *Kommentar zum Aktiengesetz*, 3^e éd., Berlin, 1939, art. 95. Baumbach A. et Hueck A. : *Aktiengesetz*, 10^e éd., Munich et Berlin, 1959, art. 95.

« un rapport sur les affaires de la société, y compris les rapports avec une entreprise faisant partie du Konzern. Le même droit appartient à chaque membre qui toutefois ne peut demander qu'un rapport au conseil de surveillance tout entier ; si la direction refuse de faire le rapport, le rapport ne peut être demandé que si le Président du conseil de surveillance appuie la demande.

« Le contrôle de surveillance peut examiner et contrôler les livres et les écrits de la société, ainsi que les éléments de son actif, notamment la caisse, le portefeuille et les marchandises ; il peut en charger quelques-uns de ses membres ou, pour des travaux déterminés, des experts. »

158. — Il faut, en outre, rappeler que, ainsi que nous l'avons dit plus haut, les Wirtschaftsprüfer ne rédigent à l'intention de l'assemblée qu'une attestation « Bestätigungsvermerk ». Le véritable rapport détaillé qu'ils établissent est destiné précisément à l'Aufsichtsrat qui s'interpose ainsi sur le plan du contrôle entre les contrôleurs de règlement et l'assemblée générale (6).

Le rapport des contrôleurs des comptes constitue ainsi un nouvel auxiliaire au service du conseil d'administration. Quant aux autres moyens d'investigation de l'Aufsichtsrat, ils résultent de l'article 95, § 2 et 3 précité de l'Aktiengesetz qui est conçu et interprété de manière extensive : le conseil de surveillance a le droit d'examiner à tout moment les livres et les documents sociaux et si le contrôle de la comptabilité et des écritures sociales de toute nature ne lui paraît pas suffisant pour fournir les renseignements qu'il désire, il peut pousser plus loin et examiner les éléments d'actif, la caisse, le portefeuille, les stocks, énumération qui est loin d'être limitative (7).

159. — Une disposition particulière et originale est cependant à signaler ; le document qui sert de base au contrôle que le conseil de surveillance exerce sur la direction est un rapport qui est fait périodiquement par la direction sur la marche des affaires et la situation de la société. Autrement dit, c'est la direction, le contrôlé, qui doit avoir l'initiative de provoquer le contrôle.

« Périodiquement et au moins chaque trimestre, la Direction fait au conseil de surveillance un rapport oral ou écrit sur la marche des affaires et sur la situation de l'entreprise ; de même, un rapport oral ou écrit est fait au Président du conseil ou à son représentant sur chaque événement important. Le rapport doit être conforme aux règles d'une reddition de comptes fidèle et consciencieuse » (8).

(6) Cf. *supra*, p. 126.

(7) P. Baudouin-Bugnet et G. Gozard : *La Direction des sociétés par actions en France et en Allemagne*, op. cit., p. 133.

(8) Aktg, § 8.

160. — En outre, tous les ans, la Direction doit soumettre au conseil de surveillance, au début de l'année, le bilan annuel, le compte pertes et profits, et le projet de répartition des bénéfices (9).

Ainsi, pour tous ces documents, l'initiative du contrôle appartient au contrôlé (10).

A l'inverse, les rapports spéciaux que le paragraphe 95 permet à tout moment au conseil de surveillance de demander à la Direction constituent autant de contrôles supplémentaires que le contrôleur peut provoquer de sa propre initiative.

161. — *b)* En ce qui concerne l'étendue du contrôle du conseil de surveillance, ce contrôle est extrêmement large et s'entend, non seulement d'un contrôle de la régularité de la gestion sociale, mais également d'un véritable contrôle de « l'opportunité » : « la surveillance du conseil doit porter aussi bien sur l'activité » et la gestion de la Direction que sur celle des employés. Elle « doit s'exercer aussi bien dans le sens de la régularité qu'en » ce qui concerne l'avantage que la société peut en retirer » (11). De sorte que c'est à tort à notre avis que certains auteurs ont pu considérer que le conseil de surveillance allemand avait « un rôle analogue à celui prévu en France pour les commissaires aux comptes » (12).

162. — Le rôle principal de l'Aufsichtsrat n'est pas de vérifier les comptes, mais de surveiller la gestion sociale. Le rapport qui lui est remis par les contrôleurs du règlement et les contrôles comptables qu'il peut lui-même effectuer accessoirement en se faisant assister au besoin par des experts (13) ne sont que des moyens auxiliaires lui permettant d'exercer sa mission fondamentale, le contrôle de la gestion de la direction.

On voit ainsi apparaître une idée qui domine toute la conception allemande du droit des sociétés anonymes : celle que le conseil de surveillance ne constitue pas un mandataire des actionnaires mais un organe de la société, organe spécialisé, doté de pouvoirs propres.

163. — Après avoir ainsi analysé l'étendue du pouvoir de contrôle du conseil de surveillance et ses moyens d'investigation, il convient pour situer tout à fait son rôle exact dans l'administration de la société anonyme allemande d'examiner comment se présentent les résultats de sa mission.

(9) Aktg, § 125.

(10) Louis Czulowski : La notion de direction dans les sociétés anonymes et la législation de 1940. Thèse, 1943.

(11) P. Baudouin-Bugnet et G. Gozard : *La direction des sociétés par actions en France et en Allemagne*, op. cit., p. 109.

(12) G. Vernon : *Le président directeur général dans les sociétés anonymes*, 2^e éd., 1958.

(13) P. Baudouin-Bugnet et Gozard, op. cit., p. 133.

2. — LES RÉSULTATS DU CONTRÔLE EXERCÉ PAR LE CONSEIL DE SURVEILLANCE.

164. — Nous avons vu que l'Aufsichtsrat se présentait comme un organe intermédiaire entre les contrôleurs du règlement et l'assemblée générale ; nous avons vu que les contrôleurs du règlement devaient adresser au conseil de surveillance un rapport détaillé sur la vérification des comptes effectuée par leurs soins. Le résultat de la mission de contrôle du conseil de surveillance se traduit essentiellement par un rapport que celui-ci doit, en application du paragraphe 96 de l'Aktiengesetz, présenter à l'assemblée générale.

Le législateur allemand, toujours soucieux d'organiser et de préciser les moindres détails de la réglementation, a pris soin d'indiquer les éléments essentiels que ce rapport devait contenir.

165. — Le conseil de surveillance doit, dans son rapport, indiquer de quelle manière il a contrôlé l'administration de la société pendant l'exercice et quelle a été l'étendue de son contrôle. Il doit indiquer par qui ont été contrôlés le règlement de comptes annuels et le rapport social ; il doit enfin faire savoir à l'assemblée générale si ces contrôles ont en fin de compte donné lieu à de graves objections (14).

Il est à préciser, en outre, qu'en application du paragraphe 126, § 3 de l'Aktiengesetz, lorsque le conseil de surveillance a approuvé les comptes d'exercice qui lui ont été présentés, ceux-ci se trouvent par là même définitivement arrêtés à l'égard de l'assemblée générale (15).

166. — C'est là un nouvel aspect de la spécialisation de l'organe caractéristique du droit allemand des sociétés anonymes. L'assemblée générale qui est traditionnellement l'organe souverain de la société anonyme voit ses pouvoirs singulièrement limités en conséquence de ce principe. Elle ne peut entreprendre, après l'approbation par le conseil de surveillance, aucune modification des comptes d'exercice, ce qui est extrêmement important, notamment pour la répartition des bénéfices.

L'assemblée générale ne peut procéder à la distribution des bénéfices que si ceux-ci figurent dans les comptes d'exercice. Mais il est évident qu'elle peut exclure le bénéfice net de la distribution, soit en partie, soit totalement (16).

167. — Précisons cependant que le paragraphe 125, § 1 AktG comporte une alternative et que le conseil de surveillance et la direction peuvent néanmoins s'entendre afin de déférer l'établis-

(14) Aktg, paragraphe 96. — Louis Czulowski : La notion de direction dans les sociétés anonymes et la législation de 1940. Thèse.

(15) *Rec. Collection Jupiter, op. cit.*, Allemagne, par Rolf Serick, n° 1547.

(16) Aktg, paragraphe 126, § 3.

sement des comptes d'exercice à l'assemblée générale. Dans ce cas, celle-ci peut décider des modifications aux comptes d'exercice et constituer, par exemple, d'autres amortissements éventuels ; mais elle est tenue cependant de respecter les limites prévues par la loi ou par les statuts (17).

Il faut enfin ajouter que l'assemblée générale établit également les comptes d'exercice dans le cas où ceux-ci ne sont pas approuvés par le conseil de surveillance (18).

168. — A ce stade, une question importante se pose : le conseil de surveillance allemand a pour mission fondamentale de surveiller la gestion sociale ; mais cette surveillance ne vaut-elle pas lui permettre d'aller au-delà et de s'immiscer dans la gestion sociale ?

Le droit allemand a consacré à ce sujet une solution de principe, celle de la défense d'immixtion de l'Aufsichtsrat dans la gestion sociale ; mais il s'est empressé d'assortir ce principe d'un certain nombre d'exceptions légales. C'est ce principe et ses atténuations qu'il nous faut maintenant examiner.

§ 2. — LA DEFENSE D'IMMIXTION DANS LA GESTION ET SES ATTENUATIONS

1. — LE PRINCIPE.

169. — La règle de la défense d'immixtion est extrêmement nette, et en apparence très rigoureuse. Aux termes du paragraphe 95, § 5 de l'Aktiengesetz « le conseil de surveillance ne peut être chargé de mesures d'administration ».

Autrement dit, le rôle de l'Aufsichtsrat ne peut être qu'un rôle de surveillance. Le conseil de surveillance ne peut, en aucune façon, s'immiscer dans la gestion de la société.

Le législateur allemand, qui s'est refusé à considérer la société anonyme comme un contrat, a interdit que les statuts n'apportent de dérogations à cette règle et n'accordent au conseil de surveillance la possibilité d'accomplir des actes de gestion ou d'administration.

170. — Ce principe, qui paraît très strict au premier abord, l'est moins dans son application. Il suppose, en effet, la détermination précise d'une frontière entre le contrôle de la gestion et l'immixtion dans la gestion. Cette détermination, nous l'avons vu à propos de l'étude des systèmes « cumulatifs », s'avère en pratique fort délicate (19) ; elle l'est d'autant plus, en droit allemand, que celui-ci affirme que le contrôle exercé par le conseil de surveillance sur la gestion sociale n'est pas seulement un

(17) *Rec. Collection Jupiter, op. cit.*, Allemagne, par Rolf Serick, n^{os} 1541 et 15526.

(18) Aktg, paragraphe 125, § 4.

(19) *Supra*, p. 145.

contrôle de la régularité mais un contrôle de l'opportunité des décisions de la direction.

Il est en conséquence extrêmement difficile de déterminer où finit le contrôle de l'opportunité et où commence la gestion proprement dite.

En outre, le législateur allemand, s'il a érigé en principe fondamental la défense d'immixtion dans la gestion, du conseil de surveillance, s'est empressé d'apporter à cette règle des exceptions si importantes que l'on est en droit de se demander si elles n'ont pas modifié le rôle réel du conseil de surveillance.

2. — LES EXCEPTIONS LÉGALES.

171. — Après avoir affirmé que le conseil de surveillance ne peut être chargé de mesures d'administration, le paragraphe 95, § 5 de l'Aktiengesetz ajoute : « Toutefois les statuts ou le conseil de surveillance peuvent disposer que certains genres d'opérations ne seront passées qu'avec l'autorisation du conseil de surveillance. »

En application de cette disposition, il est devenu courant en pratique d'insérer dans les statuts des sociétés anonymes allemandes une clause familièrement appelée « clause catalogue ». Cette clause énumère les cas dans lesquels le conseil de surveillance doit donner son accord sur les décisions de la direction. Il s'agit en général de décisions particulièrement importantes, acquisition ou vente d'immeubles, création de nouvelles branches d'activité par exemple (20).

173. — En outre, l'Aktiengesetz a prévu expressément que l'octroi de crédits aux membres du conseil de direction (Vortstand) et aux personnes assimilées doit être soumis à l'accord du conseil de surveillance (21).

174. — Par ailleurs, le conseil de surveillance a le droit de représenter la société dans les opérations passées avec les membres de la direction ; il a le droit également d'engager contre ses membres les procès décidés par l'assemblée générale (Aktg, paragraphe 97). Enfin, ce même texte décide que lorsque la responsabilité d'un des membres de la direction se trouve engagée, le conseil de surveillance peut exercer contre lui ou contre le conseil de direction une action en justice et cela même en l'absence ou à l'encontre d'une décision expresse de l'assemblée générale.

175. — Il résulte de ces dispositions que le conseil de surveillance a non seulement un pouvoir permanent de l'assemblée

(20) *Collection Jupiter*. Recueil de Droit des affaires dans les pays du Marché commun, *op. cit.*, Allemagne, par Rolf Serick, n° 1547.

(21) Aktg, paragraphe 80.

générale pour agir contre la direction, dans le cas où cela serait nécessaire, mais également qu'il a lui-même qualité pour agir en son propre nom contre le conseil de direction (22).

Ces exceptions légales que la pratique a considérablement étendues permettent-elles de considérer que l'Aufsichtsrat n'est, en fait, qu'un organe de surveillance ?

3. — LE RÔLE RÉEL DU CONSEIL DE SURVEILLANCE.

176. — Une observation apparaît dès l'abord extrêmement importante : indépendamment des dispositions légales que nous venons d'analyser et qui constituent autant d'exceptions au principe de la défense d'immixtion du conseil de surveillance dans la gestion de la société, le droit allemand a fait de l'Aufsichtsrat beaucoup plus qu'un simple organe de surveillance de la direction. Il lui a, en effet, accordé le pouvoir de nommer et de révoquer le Vorstand, ainsi que celui de conclure les contrats d'emploi avec les membres de la direction (Aktg, par. 74, § 1) (23).

177. — Dès lors, ce n'est à notre avis que par une première approximation que l'on a pu considérer qu'il existait en droit allemand deux organes d'administration, l'un chargé de la gestion proprement dite, l'autre d'un rôle de simple surveillance, et schématiser l'administration de la société anonyme allemande en déclarant : « Il existe deux organes sociaux, la direction « composée des directeurs qui sont les administrateurs actifs, « et le conseil de surveillance composé des administrateurs « passifs (24).

En réalité, si la mission essentielle de l'Aufsichtsrat nous apparaît une mission de surveillance de la direction et plus précisément une mission de surveillance de la gestion de cet organe de direction, le conseil de surveillance, malgré la lettre du texte législatif allemand, ne se limite pas à un simple contrôle passif et, tant par la nomination et la révocation du Vorstand que par le biais d'autorisations indispensables à certains actes importants de la société, participe pour une part à la haute administration de la société.

Cette tendance à l'extension des pouvoirs du conseil de surveillance se trouve d'ailleurs confirmée par l'analyse du projet de réforme du droit des sociétés en Allemagne.

(22) P. Baudouin-Bugnet et G. Gozard, *op. cit.*, p. 135.

(23) Roger Beau : Etude comparative des organes de direction de la société anonyme en droit français et en droit allemand. Thèse Paris, 1944. Jacques Van Wynendaele et H. Wouters, *op. cit.*, p. 60, n° 81.

(24) P. Baudouin-Bugnet et G. Gozard, *op. cit.*, p. 109.

§ 3. — LE CONSEIL DE SURVEILLANCE ET LE PROJET DE REFORME DU DROIT DES SOCIÉTÉS EN ALLEMAGNE

178. — L'examen de ce projet de réforme est d'autant plus intéressant que ce projet part de l'idée que la société par actions : « est dans tous les pays le moule juridique dans lequel « s'insèrent un grand nombre d'entreprises économiques » (25), et qu'il est nécessaire en conséquence que les dispositions qui la régissent soient en harmonie avec les principes qui inspirent la vie économique.

179. — A la base de ce projet de réforme se trouvent un certain nombre de critiques de la loi de 1937. On a reproché, en effet, à cette loi son inspiration politique et la place trop forte accordée au Führerprinzip. On a fait observer que les pouvoirs du conseil de direction étaient trop grands et certains auteurs ont souhaité une association plus étroite du conseil de surveillance à la gestion de la société.

Les auteurs du projet de réforme n'ont cependant pas voulu porter atteinte au principe fondamental en droit allemand, de la séparation des pouvoirs et les réformes sur ce point sont assez timides. Le projet, en effet, maintient la règle selon laquelle le conseil de direction est seul à diriger la société ; cependant, sous l'influence des idées que nous avons dégagées, il a accru le rôle de l'Aufsichtsrat et a consacré une évolution tendant à une certaine participation à la gestion, de cet Aufsichtsrat.

1. — ACCROISSEMENT DU RÔLE DE L'AUF SICHTSRAT.

180. — Cette tendance à l'augmentation des pouvoirs du conseil de surveillance apparaît dans des domaines limités, mais elle n'en est pas moins nette.

a) Elle résulte tout d'abord d'une modification du *quorum* exigé de l'assemblée générale : lorsque le conseil de direction, à la suite d'un veto du conseil de surveillance, décide de lui soumettre le différend ; dans le droit actuel, l'assemblée générale statue à la majorité simple (26) ; dans le projet de réforme, la majorité exigée est des trois quarts.

Cette modification du *quorum* donne plus de poids au veto du conseil de surveillance et par là même renforce la position de ce dernier (27).

(25) Etienne Cerexhe : Le projet de réforme du droit des sociétés anonymes en Allemagne. *Revue du Marché commun*, 1960, p. 420.

(26) Aktg, par. 103, § 2.

(27) Etienne Cerexhe : Le projet de réforme du droit des sociétés en Allemagne. *Revue du Marché commun*, 1960, p. 427.

181. — *b)* L'accroissement du rôle de l'Aufsichtsrat se manifeste également dans la mesure où le projet de réforme s'est efforcé d'assurer à l'Aufsichtsrat une information plus complète sur la situation de la société. Le paragraphe 87 E précise en effet les points sur lesquels le conseil de direction devra périodiquement informer le conseil de surveillance :

- les problèmes de fonctionnement ;
- la rentabilité de l'entreprise et spécialement celle de son capital propre ;
- le développement de la société et notamment son chiffre d'affaires ;
- enfin tout ce qui pourrait avoir une incidence sur la rentabilité et les liquidités de l'entreprise (28).

Ces dispositions traduisent le souci d'accroître le rôle de surveillance de l'Aufsichtsrat et spécialement ses pouvoirs de contrôle de la gestion financière.

Mais le projet va plus loin et accentue l'évolution vers une certaine participation à la gestion.

2. — EVOLUTION VERS UNE CERTAINE PARTICIPATION A LA GESTION.

182. — La transition entre le contrôle de la gestion proprement dit et la participation à cette gestion apparaît essentiellement dans le contrôle de l'opportunité des décisions de la direction.

C'est cette mission de contrôle de l'opportunité qui est principalement dévolue au conseil de surveillance.

Sur tous les points qui viennent d'être envisagés et que le projet a pris soin de préciser, le conseil de surveillance devra, à l'encontre de la procédure actuelle, et c'est là la grande nouveauté, prendre expressément position (29).

Notons cependant qu'il ne faut pas exagérer démesurément la portée de cette innovation car l'avis que le conseil de surveillance est ainsi invité à émettre est essentiellement consultatif, il ne lie pas le Vorstand. Tout au plus, celui-ci pourrait-il, dans l'hypothèse où le conseil de surveillance aurait émis un avis défavorable, et dans le seul but de couvrir sa responsabilité, convoquer l'assemblée générale pour délibérer sur la question. Rien ne pourrait pourtant le forcer à recourir à cette procédure, sauf si une clause des statuts en avait prévu l'application (30).

183. — En définitive, il résulte de cette analyse de la mission du conseil de surveillance que celle-ci est essentiellement, mais non pas exclusivement, une mission de contrôle de la gestion de la direction.

(28) Etienne Cerexhe, *op. cit.*, p. 428.

(29) Etienne Cerexhe, *op. cit.*, p. 428.

(30) Paragraphe 108, § 4 E.

Nous nous trouvons ainsi en présence d'un régime juridique qui prône l'existence d'un contrôle de la gestion distincte du contrôle des comptes et qui confie cette surveillance de la gestion à un organe distinct de celui chargé du contrôle comptable. Il importe de rechercher comment est constitué ce nouvel organe de contrôle et quelles sont les garanties exigées dans le choix de ses membres.

Section II. — Composition de l'Aufsichtsrat

184. — Le problème du choix des contrôleurs de la gestion se pose ici alors qu'il ne se posait pas dans les systèmes « cumulatifs », précisément parce que ces contrôleurs sont différents des contrôleurs des comptes, tandis que les systèmes « cumulatifs », s'ils distinguaient les fonctions, ne distinguaient pas les contrôleurs.

Il nous faut donc rechercher à nouveau, dans le cadre du contrôle de la gestion en droit allemand, quelles sont les garanties exigées dans le choix des contrôleurs. Un problème particulier se pose, par ailleurs, en ce qui concerne la composition du conseil de surveillance ; il est né de lois relativement récentes qui, pour assurer l'intégration des travailleurs au sein de l'entreprise, ont voulu les faire participer au contrôle de la gestion en leur permettant de faire partie du conseil de surveillance.

§ 1. — LES GARANTIES DANS LE CHOIX DES MEMBRES DU CONSEIL DE SURVEILLANCE

A. — Indépendance et honorabilité

185. — C'est, au premier chef, des garanties d'indépendance des contrôleurs par rapport aux contrôlés que le droit allemand s'est préoccupé.

1) Ainsi, le paragraphe 90, § 1, de l'Aktiengesetz, établit une incompatibilité rigoureuse entre les fonctions des membres du Vorstand et celles des membres de l'Aufsichtsrat (31). Cette disposition est la conséquence même du principe de la distinction entre les attributions de gestion (Geschäftsführung) et les fonctions de surveillance (Beaufsichtigung). Cette incompatibilité est évidemment maintenue dans le « Regierungserwurf », article 102.

La sanction prévue par la loi allemande est que tout membre du conseil de surveillance qui accepte les fonctions de membre

(31) Schlegelberger et Quassowski, *op. cit.*, art. 90, rem. 1. — Baumbach A. et Huek A. : *Aktiengesetz*, 10^e éd., Munich et Berlin, 1959, art. 90, rem. 1 et 2.

de la direction est, de ce fait même, considéré comme démissionnaire de ses fonctions de membre de l'Aufsichtsrat. La seule exception à cette règle est prévue par l'alinéa 2 du paragraphe 90 selon lequel le conseil de surveillance peut désigner pour une période limitée certains de ses membres pour remplacer des membres du Vorstand qui seraient empêchés d'exercer leurs fonctions. Pendant ce temps, les membres ainsi délégués cessent de faire partie du conseil de surveillance (32).

186. — 2) Le principe de l'indépendance des membres du conseil de surveillance se traduit, par ailleurs, par l'existence en droit allemand d'une incompatibilité de leurs fonctions avec des fonctions salariées au sein de la société. Cette exigence résulte du paragraphe 90, § 1, de l'Aktiengesetz, modifié par la loi du 11 octobre 1952. Les membres de l'Aufsichtsrat ne peuvent être employés dirigeants de la société, et à ce titre gérer les affaires sociales. Le principe de la spécialisation des fonctions et l'essence même de la fonction de contrôle interdisent aux membres du conseil de surveillance d'être subordonnés aux membres de la direction.

Ce principe est maintenu avec des améliorations techniques dans le projet de réforme (paragraphe 102 et 86, § 2).

Enfin ne peuvent être nommées membres du conseil de surveillance les personnes qui sont déjà membres du conseil de surveillance de dix sociétés par actions ou sociétés en commandite par actions (33).

Mais, d'une part, un arrêté du 29 septembre 1937 a permis, dans certains cas, des dérogations à cette règle à la condition toutefois que le nombre des dits mandats soit toujours inférieur à vingt (34). D'autre part, on ne tenait pas compte des mandats dans les sociétés autres que les sociétés par actions.

Le projet de réforme à ce sujet apparaît beaucoup plus ferme : il limite, sans dérogations possibles, à 15 le nombre des mandats qu'une même personne peut exercer comme membre du conseil de surveillance de sociétés commerciales quelle qu'en soit la forme, ou d'exploitations minières obligées, en vertu de la loi, d'avoir un conseil de surveillance (35).

B. — Compétence

187. — Si les limites à la liberté de choix des membres du conseil de surveillance se trouvent ainsi étroitement circons-

(32) Baumbach et Huek, *op. cit.*, art. 90, rem. 3. — P. Van Ommeslaghe, *op. cit.*, n° 189, p. 331.

(33) J. Van Wynendaele et H. Wouters, *op. cit.*, n° 77, p. 56.

(34) R G B I I S 1026.

(35) Etienne Cereixe, *op. cit.*, p. 428.

crites par des règles tendant à garantir leur indépendance ; si les garanties d'honorabilité sont assurées de la même manière que pour les contrôleurs des comptes, le législateur allemand s'est montré beaucoup moins prolix en ce qui concerne les autres garanties exigées des contrôleurs : celles relatives à la compétence des membres du conseil de surveillance.

188. — Cette absence de réglementation en ce qui concerne les garanties de compétence ne tient pas à une simple carence mais à la difficulté de la matière.

La fonction des contrôleurs comptables était essentiellement technique ; elle exigeait des qualités sinon identiques du moins semblables de leur part, quel que soit l'objet de l'entreprise ou la nature de ses activités. Autrement dit, les garanties de compétence pouvaient être obtenues de manière relativement simple en exigeant par exemple des contrôleurs la possession d'un diplôme comptable ou en organisant la profession d'expert comptable.

En matière de contrôle de la gestion, les données du problème sont différentes. La fonction des contrôleurs n'est pas purement technique ; elle est de plus assez diversifiée puisqu'elle met en œuvre des connaissances de gestion tant industrielle que commerciale ou financière et qu'elle vise à apprécier le plus souvent la conduite des hommes. Les garanties de compétence qui pourraient être exigées pour accomplir utilement cette mission sont en conséquence extrêmement difficiles à définir d'une manière nette.

C'est ce qui explique que le législateur allemand ne se soit pas montré aussi précis et aussi rigoureux en cette matière qu'en ce qui concerne par exemple les règles touchant à l'indépendance des contrôleurs.

Ayant ainsi examiné les garanties exigées dans le choix des membres du conseil de surveillance, il convient de faire une place à part à certains membres particuliers qui ne font partie de l'Aufsichtsrat que depuis une période relativement récente, et pour des raisons d'ordre économique et social plus que purement juridique. Il s'agit de travailleurs de l'entreprise.

§ 2. — LE CONTROLE DES TRAVAILLEURS DE L'ENTREPRISE

189. — Le problème de la participation des travailleurs à la gestion des entreprises ou du moins au contrôle de cette gestion ne relève pas à proprement parler du droit des sociétés mais essentiellement du droit de l'entreprise.

S'il apparaît nécessaire cependant d'analyser ici cette question, c'est d'une part que le droit allemand, par une confusion entre

les notions d'entreprise et de société, a organisé la « cogestion » au niveau de la société. C'est d'autre part que, sous couleur de permettre aux travailleurs de « participer » à la gestion des entreprises, le législateur leur a permis de désigner un certain nombre de délégués au conseil de surveillance qui n'est pourtant considéré, au moins théoriquement, que comme un organe de contrôle pur et simple.

La « participation ouvrière à la gestion des entreprises », en Allemagne, a des origines historiques qui remontent à la République de Weimar. Une loi du 4 février 1920 avait en effet institué des « Betriebsräte » (conseil d'établissement) dans les entreprises groupant plus de vingt travailleurs et avait prévu qu'un ou deux représentants du dit conseil d'établissement participeraient au conseil de surveillance (36).

Mais ce sont surtout deux séries de lois qui ont, après la deuxième guerre mondiale, instauré le système dit de la « cogestion », l'une relativement générale, l'autre visant plus particulièrement les entreprises minières et sidérurgiques, ce qui montre à nouveau, s'il en était besoin, que l'esprit de ces lois est beaucoup plus économique et social que juridique.

1. — LA LOI DU 11 OCTOBRE 1952.

190. — Cette loi organise la cogestion en Allemagne pour toutes les sociétés par actions, à l'exception des sociétés de famille employant moins de cent travailleurs. L'article 76 prévoit que cette cogestion se trouvera réalisée essentiellement par la désignation obligatoire d'un tiers des membres du conseil de surveillance par les travailleurs des établissements exploités par la société.

La procédure de la désignation est extrêmement complexe (37). Mais plus que les modalités techniques de cette procédure, ce qu'il importe de considérer, à notre avis, c'est que le législateur allemand a parlé de « cogestion » et a réalisé cette « cogestion » en permettant aux travailleurs de désigner des délégués au conseil de surveillance.

Mais, de deux choses l'une : ou bien l'expression « cogestion » est impropre et la réforme opérée par le législateur allemand n'a permis aux travailleurs de l'entreprise que de participer au contrôle de la gestion, ou bien il faut considérer que la mission du conseil de surveillance dépasse la simple fonction de contrôle.

(36) La participation des travailleurs à la gestion des entreprises en République Fédérale allemande. Notes et études documentaires, 24 novembre 1960, n° 2.717.

(37) Herlin : *Les expériences allemandes de cogestion*. Dalloz, 1958, p. 59 et suiv.

(38) Pardes : La loi fédérale allemande du 21 mai 1951 sur la participation des travailleurs à la gestion des entreprises minières et sidérurgiques. *Rev. prat. soc.*, 1959, p. 1.

2. — LES LOIS DU 21 MAI 1951 (38) ET DU 7 AOÛT 1956 RELATIVES
A LA « COGESTION » DANS LES SOCIÉTÉS MINIÈRES ET MÉTAL-
LURGIQUES.

191. — Ces deux lois spéciales ont organisé dans les sociétés qu'elles visent une « cogestion » beaucoup plus complète. Cette cogestion se traduit par une participation des travailleurs non seulement à l'Aufsichtsrat, mais également au Vorstand. En ce qui concerne le conseil de surveillance, le principe est celui de la représentation paritaire des délégués du travail et des délégués du capital au sein de cet organe. L'Aufsichtsrat se compose en principe de onze membres (39).

La procédure de désignation des membres du conseil de surveillance est là aussi extrêmement complexe ; nous n'indiquerons pas ici les détails de la réglementation (40).

Il suffira de préciser que cinq des membres du conseil représentent le travail et cinq le capital. Le onzième membre dit « neutre » est élu par l'assemblée générale des actionnaires sur proposition des dix autres membres du conseil de surveillance selon une procédure tout aussi délicate exigeant notamment l'approbation de trois représentants du capital et de trois représentants du travail.

192. — Mais la cogestion dans les entreprises minières et sidérurgiques se traduit également par une participation des travailleurs à la direction de l'entreprise — et par conséquent à la gestion proprement dite —, par l'existence d'un directeur du travail (Arbeitsdirektor) au sein du Vorstand, directeur du travail nommé par l'Aufsichtsrat conformément au droit commun, mais moyennant l'accord de la majorité des membres travailleurs du conseil et révoqué dans les mêmes conditions (41).

193. — La loi du 7 août 1956 s'applique plus spécialement aux « Konzern » qui contrôlent les sociétés minières et métallurgiques. Elle comporte deux différences essentielles par rapport à la loi de 1951 : certains des membres travailleurs de l'Aufsichtsrat doivent être engagés dans les entreprises du « Konzern », le directeur du travail est nommé conformément au droit commun, c'est-à-dire à la majorité simple du conseil de surveillance sans qu'une influence prépondérante dans cette nomination soit reconnue aux membres travailleurs.

(39) Ce nombre est susceptible d'être porté à 15 ou 21 pour les sociétés ayant un capital nominal dépassant 20 ou 50 millions de DM sans que le caractère paritaire du conseil puisse être modifié.

(40) La participation des travailleurs à la gestion des entreprises en République Fédérale allemande, *op. cit.*

(41) Voir sur ce point : La participation des travailleurs à la gestion des entreprises en République Fédérale allemande, *op. cit.* — P. Van Ommeslaghe, *op. cit.*, n° 162, p. 293.

CONCLUSION

Aux termes de cette analyse, le régime du contrôle de la direction des sociétés anonymes en droit allemand nous apparaît essentiellement de type dualiste. Il affirme la nécessité d'un double contrôle, il distingue le contrôle des comptes de celui de la gestion, non seulement en ce qui concerne la fonction mais également en ce qui concerne les organes chargés de l'exercer.

Un dernier système reste à examiner avant de tenter d'élaborer une synthèse comparative, c'est le régime de notre pays.

CHAPITRE III

LE RÉGIME FRANÇAIS

194. — Le régime actuel de l'administration des sociétés anonymes en France apparaît le fruit d'une longue évolution historique, que nous avons relatée plus haut (1).

La loi du 24 juillet 1867 n'opérait aucune distinction entre « l'administration » et « la direction ». Pourtant cette distinction s'est progressivement instaurée dans la pratique lorsque l'administration de la société a été confiée à un conseil.

195. — C'est la loi du 16 novembre 1940 modifiée par la loi du 4 mars 1943 qui a consacré légalement la distinction entre la direction et l'administration des sociétés anonymes. Elle a organisé la direction de la société et l'a confiée au Président du conseil d'administration auquel elle a donné le titre de Président-Directeur Général.

L'origine de cette loi a fait l'objet d'un certain nombre de discussions. On a notamment reproché au législateur français d'avoir voulu imiter la loi allemande de 1937 qui consacre, en matière de société, le principe du chef.

Il apparaît en réalité que l'idée essentielle du législateur de 1940, lorsqu'il a organisé la direction de la société anonyme, a été de réagir contre l'éparpillement des responsabilités et contre l'anonymat (2).

Mais s'il a affirmé le principe d'une distinction fondamentale entre l'administration et la direction de la société anonyme, s'il a confié la direction au Président-Directeur Général, et l'administration au conseil d'administration, il n'a malheureusement pas défini leurs pouvoirs respectifs, ce qui a donné lieu à de nombreuses controverses en doctrine et en jurisprudence au point de remettre en cause le principe même de la distinction (3).

Cette absence de définition légale des pouvoirs dans l'administration de la société anonyme, et notamment de ceux du conseil d'administration, se traduit essentiellement sur le plan

(1) *Supra*, n° 25.

(2) Hamel et Lagarde : *Traité de droit commercial*, t. I, 1954, n° 652, p. 777.

(3) Jean Leblond : Les pouvoirs respectifs de l'assemblée générale, du conseil d'administration, du président-directeur général et du directeur général adjoint dans la doctrine institutionnelle. *Gaz. Pal.* 1957, I, p. 29.

de la surveillance de la direction par une absence apparente de contrôle de la gestion.

Après avoir analysé les manifestations de cette absence apparente de contrôle de la gestion, il nous appartiendra d'essayer de définir en fait quel est le rôle réel joué par le conseil d'administration au sein de la société anonyme française. Cette recherche effectuée, il nous faudra alors analyser la composition du conseil d'administration et notamment rechercher quelles sont les garanties exigées dans le choix des administrateurs, ainsi que le rôle joué au sein du conseil par les délégués du personnel de l'entreprise.

Section I. — L'absence apparente de contrôle de la gestion

196. — Dans la conception traditionnelle de la société anonyme, c'est aux actionnaires eux-mêmes réunis en assemblée générale qu'il appartient d'exercer la surveillance de la gestion sociale. Mais on a dénoncé depuis longtemps déjà l'inefficacité de l'assemblée générale dans la plupart des sociétés anonymes et l'on a pu considérer que cet organe était devenu presque « fictif » (4).

Les raisons de cette inefficacité ont été largement développées ; il s'agit essentiellement de l'absentéisme des actionnaires, du développement des pouvoirs en blanc, du fait, en un mot, que l'immense majorité des actionnaires « abdique » son droit de vote entre les mains de la direction : « Les pouvoirs de décision et le contrôle de l'organe souverain sont confisqués par les organes de direction, cela suffirait à fausser le mécanisme légal » (5).

A cette carence de l'organe normalement habilité à surveiller la gestion de la direction, existe-t-il un palliatif en droit français ?

A la lumière de l'analyse des solutions dégagées sur ce point par les législateurs européens, nous avons constaté l'existence, jusqu'à maintenant, de deux types de palliatifs : certains systèmes ont étendu à la surveillance de la gestion la mission de contrôle des censeurs comptables ; le législateur allemand a créé un organe particulier ayant pour fonction de surveiller la gestion de la direction.

L'analyse du système français semble, du moins en apparence, n'apporter aucun de ces palliatifs à l'inefficacité de l'assemblée générale en ce qui concerne le contrôle de la gestion sociale. Le

(4) G. Ripert : *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, n^{os} 42, 45, 129.

(5) A. Tunc : *L'effacement des organes légaux de la société anonyme*. D. 1952, Chr. 72.

contrôle exercé par les commissaires aux comptes est en effet strictement comptable. La mission légale du conseil d'administration apparaît essentiellement une mission d'administration et non de contrôle.

§ 1. — LE CONTROLE DES COMMISSAIRES EST EXCLUSIVEMENT COMPTABLE

197. — La délimitation des attributions des commissaires aux comptes a donné lieu à d'importantes controverses.

Le terme même de « commissaire aux comptes » indique dès l'abord que leur surveillance porte essentiellement sur les comptes sociaux. Pourtant, ce terme a fait l'objet de critiques et certains auteurs ont cru pouvoir affirmer que le contrôle des commissaires aux comptes pouvait être plus large et s'étendre à la gestion sociale.

Avant d'examiner le bien-fondé de ces théories, il convient de retracer brièvement les phases de l'évolution législative au regard de l'étendue de la mission des commissaires. Nous examinerons ensuite certaines dispositions spéciales qui constituent autant de missions particulières des commissaires.

1. — EVOLUTION LÉGISLATIVE.

198. — *a)* Sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867, les commissaires aux comptes devaient présenter un rapport non seulement sur les comptes sociaux mais également sur « la situation de la société ». Ils avaient, en outre, l'obligation « d'examiner les opérations de la société ». Autrement dit, la mission des commissaires aux comptes apparaissait large et l'un des rapporteurs de la loi, M. Mathieu, à qui un interpellateur demandait si : « les commissaires devaient faire porter leur rapport « sur les opérations et sur la marche qui a été imprimée aux « affaires sociales », répondait affirmativement (6).

Pourtant déjà, à cette époque, si la mission légale des commissaires apparaissait ainsi étendue, ceux-ci se contentaient le plus souvent d'un examen purement comptable de la situation de la société : « Il faut bien constater que dans l'ensemble les commissaires avaient renoncé à ce droit éminent de juger les opérations et la situation sociale et se cantonnaient dans une analyse purement arithmétique des bilans comparés au début et « à la fin de l'exercice pour lequel ils étaient mandatés » (7).

Un jugement déjà ancien du tribunal de commerce de Lyon précisait d'ailleurs en ces termes la mission des commissaires :

(6) R. Granger : La nature juridique des rapports entre actionnaires et commissaires chargés du contrôle dans les sociétés par actions. Thèse Paris, 1950, n° 184, p. 223.

(7) A. Dalsace : Evolution du contrôle des S.A. en France. *Revue des Sociétés*, 1953, p. 120.

« Le rôle du commissaire consiste simplement à vérifier la
 « concordance des écritures et leur justification par les pièces
 « qui lui étaient présentées comme véritables. Ils n'ont d'autre
 « obligation que de se faire présenter dans les délais statutaires
 « le bilan et le compte de pertes et profits, en vérifier la parfaite
 « concordance avec les livres et en faire un rapport à l'assemblée
 « générale » (8).

199. — *b)* Le décret-loi de 1935, s'il a élargi en un certain sens les pouvoirs d'investigation des commissaires aux comptes, notamment en rendant permanent leur droit de communication qui n'était que temporaire, a pourtant, en ce qui concerne la définition de leur mission, fait disparaître du texte légal les expressions « situation de la société » et « examen des opérations de la société ».

Aux termes de l'article 32, § 1 modifié, en effet, les commissaires « ont mandat de vérifier les livres, la caisse, le portefeuille
 « et les valeurs de la société, de contrôler la régularité et la sincérité des inventaires et des bilans ainsi que l'exactitude des
 « informations données sur les comptes de la société dans le
 « rapport du conseil d'administration ».

Il apparaît ainsi que, par cette modification, le législateur a fait désormais des commissaires de véritables « commissaires
 « des comptes », sans toutefois leur donner ce titre » (9).

2. — LA MISSION GÉNÉRALE DES COMMISSAIRES.

200. — *a)* Malgré la modification législative apportée par le décret-loi de 1935, la controverse n'a pas été close pour autant. Certains auteurs ont soutenu en effet que l'interprétation restrictive de la mission dévolue aux commissaires aux comptes, si elle paraissait conforme à la lettre du texte, était en réalité contraire à son esprit.

M. Jack Jenny fait valoir en effet qu'une transformation dans le sens d'une restriction de la mission des commissaires à une fonction purement comptable ne serait pas conforme à l'esprit de la législation de 1935 dont le but était « de préciser et de renforcer le contrôle des commissaires afin de protéger l'épargne publique » (10).

201. — De son côté, M. Roger Granger, se référant aux projets antérieurs au décret-loi de 1935 qui ont inspiré ledit décret et notamment au projet Fleury-Savarin, entend se prévaloir de ce que ce projet tendait à « donner aux commissaires aux comptes

(8) Trib. com. Lyon, 10 février 1914 (*Journal Soc.*, 1915, p. 284).

(9) J. Lisbonne : *Les commissaires de surveillance dans les sociétés anonymes*. Paris, 1936, n° 103, p. 89.

(10) Jack Jenny : *Le droit de contrôle de l'actionnaire*. Thèse, Paris, 1953 (dactylographiée), p. 145.

« un rôle plus étendu que celui qu'ils avaient joué (jusqu' alors) » (11).

Selon ces auteurs, la mission des commissaires aux comptes s'étendrait non seulement à une vérification purement comptable mais également à une certaine surveillance de la gestion : « La mission des commissaires aux comptes consiste en une surveillance générale et une appréciation de la situation de la société, mais cette mission doit s'exercer exclusivement sur le plan financier » (12).

202. — *b)* En réalité, ainsi que nous l'avons vu, la lettre même du décret de 1935 s'oppose à cette conception extensive du rôle des commissaires. Des raisons pratiques sérieuses militent en faveur d'une mission purement comptable et laissent à penser que l'esprit du décret de 1935 est beaucoup moins contraire qu'il ne semble en apparence à cette conception restrictive.

203. — Déjà dès avant le décret de 1935, de nombreux auteurs avaient observé les difficultés pratiques auxquelles se heurterait, pour les commissaires, l'obligation de surveiller la gestion des administrateurs : « Tant que persistera l'opinion que le rôle des commissaires est de surveiller les administrateurs, n'importe qui est bon pour ne pas remplir cette fonction impossible » (13), et Thaller et Percerou avaient, en 1931, précisé eux aussi la nature purement comptable du contrôle des commissaires : « Le commissaire a à rechercher si les comptes sont honnêtement établis, si les estimations sont exactes, si les bénéfices sont réels.

« Le commissaire n'a pas à rechercher si la gestion est conforme aux intérêts de la société. L'augmentation donnée aux affaires sociales peut être véritable, le commissaire n'engage pas, semble-t-il, sa responsabilité en se dispensant de dénoncer le péril, encore que dans son rapport il doive donner tous les renseignements nécessaires pour apprécier sciemment la situation comptable de la société » (14).

204. — Quant à l'esprit du décret de 1935, il n'est pas contesté que ce texte ait eu pour mission essentielle d'accroître les garanties de contrôle en vue de protéger l'épargne publique.

Pour accroître ces garanties, il a créé des entraves à la liberté de choix des commissaires aux comptes, il a établi un certain nombre d'incompatibilités tendant à assurer leur honorabilité et leur indépendance par rapport aux administrateurs, il a exigé d'eux des garanties de compétence.

(11) R. Granger, *op. cit.*, p. 227, n° 188.

(12) R. Granger, *op. cit.*, p. 231.

(13) Paul Derkenne : Les commissaires aux comptes et le contrôle des sociétés anonymes, Thèse, Paris, 1932.

(14) Thaller et Percerou : *Traité élémentaire de droit commercial*, 8^e éd., 1931, n° 678.

En même temps, le décret de 1935 a accru les moyens d'investigation mis au service des commissaires.

205. — Mais en ce qui concerne la mission proprement dite des commissaires aux comptes, la plus grande garantie des intérêts en présence ne consiste pas à donner de cette mission une définition large et vague, mais au contraire à préciser les limites exactes du rôle des contrôleurs, en un mot à les spécialiser. C'est dans cette perspective, on l'a vu, que le législateur allemand a assigné aux Wirtschaftsprüfer une mission de vérification purement comptable.

C'est également, à notre avis, l'esprit général du décret de 1935 qui a édicté des règles tendant à assurer la compétence, essentiellement comptable, des commissaires aux comptes et a supprimé les termes généraux et vagues de la loi de 1867 qui permettaient d'hésiter sur l'étendue exacte de la mission des commissaires.

206. — Aujourd'hui, le doute n'est plus possible, le rôle des commissaires aux comptes consiste essentiellement à s'assurer « de la sincérité et de la régularité » des écritures comptables et de l'exactitude des informations données par le conseil d'administration aux actionnaires (art. 32, red. décret-loi du 8 août 1935). Mais, « ils n'ont pas à s'immiscer dans l'administration, à « apprécier la qualité de la gestion du point de vue industriel ou « commercial » (15).

C'est même à tort, selon nous, que les commissaires aux comptes ont été définis : « les contrôleurs financiers de la société » (16). Cette qualification pourrait, en effet, laisser penser que les commissaires aux comptes ont un droit de regard sur la gestion financière de la société, laquelle est distincte de la pure comptabilité en ce sens qu'elle n'est pas une simple photographie de la situation de la société mais fait partie de la politique générale de l'entreprise et relève comme telle de la gestion au sens large de la société. La mission de contrôle des commissaires n'est qu'une vérification des comptes sociaux et se rapproche, à notre avis, à quelques exceptions près, de celle dévolue aux Wirtschaftsprüfer allemands (17).

3. — MISSIONS PARTICULIÈRES DES COMMISSAIRES.

207. — Ces fonctions tiennent à l'existence de certains rapports spéciaux exigés par la loi dans certains cas très particuliers

(15) Hamel et G. Lagarde : *Traité de droit commercial*, 1954, t. I, n° 676, p. 807.

(16) Hamel et Lagarde, *op. cit.*, n° 676, p. 807.

(17) Voir sur ce point Miroslaw Kovarik : *Commissaires aux comptes et Wirtschaftsprüfer*. Thèse Paris, 1962, n°s 177 et suiv., p. 189 et suiv., et notamment n° 187, p. 200.

et également de l'obligation faite aux commissaires de dénoncer au Parquet certains délits commis par les administrateurs.

Il n'est pas question de revenir ici sur les dispositions de l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867 prévoyant la rédaction par les commissaires aux comptes d'un rapport spécial sur les conventions passées entre une société et un de ses administrateurs (18). En dehors de ce rapport spécial de l'article 40, le décret-loi de 1935 qui a créé un droit préférentiel de souscription à une augmentation de capital au profit des actionnaires a prévu que ce droit individuel de l'actionnaire peut être sacrifié si l'intérêt de la société l'exige (19). L'assemblée générale extraordinaire pourra en effet décider, dans ce cas, aux conditions requises pour la modification des statuts, qu'il sera fait exception à ce droit préférentiel. La délibération ne peut être prise qu'après un double rapport, le premier des administrateurs, le second des commissaires, indiquant dans quelles conditions se fait l'augmentation de capital et pourquoi les actionnaires sont privés de leur droit. Ce double rapport spécial est exigé spécialement en cas d'émission d'obligations convertibles en actions au gré des obligataires (20). Mais il apparaît en réalité que l'existence de ces rapports spéciaux ne vient en aucune façon porter atteinte aux principes mêmes dégagés à propos de l'étendue de la mission générale des commissaires, ceux-ci n'ayant dans leur rapport spécial « à juger que la correction comptable de l'opération et « non son opportunité dont l'appréciation relève du conseil sous « le contrôle de l'assemblée » (21).

208. — En fait, la seule disposition qui pourrait s'inscrire en marge de la mission purement comptable des commissaires est celle de l'article 34, § 5 de la loi de 1867 faisant obligation aux commissaires qui, au cours de la vérification des comptes, ont constaté l'existence de délits commis par les administrateurs de dénoncer ces délits au Procureur de la République (22). Mais cette règle n'implique en aucune façon la possibilité pour les commissaires de surveiller la gestion sociale, seulement l'obligation de révéler les faits délictueux dont ils ont eu connaissance ; de plus, elle a fait l'objet de nombreuses critiques, les commissaires n'ayant aucune investiture de l'autorité publique et ne devant pas être les auxiliaires du Parquet (23).

A ce stade de notre recherche, il apparaît que le régime français ne saurait être rapproché, en ce qui concerne le contrôle de la gestion, des systèmes dits « cumulatifs ».

(18) Cf. *supra*, p. 128 et suiv.

(19) Décret-Loi 8-8-1935, articles 7 et 8.

(20) Décret 3 septembre 1953, art. 4.

(21) Hamel et G. Lagarde, *op. cit.*, p. 689, n° 737.

(22) En ce sens, F. Goré : L'affaire du Comptoir National du Logement et les délits relatifs à l'administration des sociétés, J. C. P. 1964, Doctr. 1855.

(23) Ripert : *Traité élémentaire de droit commercial*, 4^e éd., n° 1197, p. 574.

Les commissaires aux comptes n'ayant ainsi qu'une mission de vérification purement comptable, le conseil d'administration est-il, à l'image de l'Aufsichtsrat allemand, l'organe chargé de la surveillance de la gestion sociale ?

§ 2. — LA MISSION LEGALE DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

209. — Aux termes de l'article 1^{er}, § 1^{er} de la loi du 16 novembre 1940, « la société anonyme est *administrée* par un conseil de trois membres au moins et de douze au plus ».

Ce conseil d'administration a reçu de la loi quatre attributions principales :

— la convocation des assemblées générales et fixation de leur ordre du jour ;

— l'établissement de l'inventaire, du bilan et du compte de profits et pertes, et la présentation de ces documents à l'assemblée générale ; présentation qui, depuis le décret-loi du 8 août 1935, doit être accompagnée d'un rapport du conseil ;

— l'autorisation des contrats passés entre un administrateur et la société (loi de 1867, art. 40) ;

— la nomination et la révocation du Président directeur général (loi du 4 mars 1943, art. 12) et éventuellement la nomination du directeur général adjoint au président (loi du 16-11-1940, art. 2).

210. — En dehors de ces attributions, la loi ne détermine pas l'étendue des pouvoirs qui sont confiés au conseil (24).

Traditionnellement, le rôle assigné au conseil d'administration est, comme son nom l'indique, « d'administrer la société » (25). Les pouvoirs légaux du conseil sont qualifiés « pouvoirs d'administration » (26), et la Cour de cassation a déclaré, dans un arrêt fort important sur lequel nous aurons l'occasion de revenir : « La société anonyme est une société dont les organes sont « hiérarchisés et dans laquelle l'administration est exercée par « un conseil élu par l'assemblée générale » (27).

Autrement dit, dans la hiérarchie des organes sociaux, le conseil d'administration apparaît l'organe central de la société anonyme ; il a en théorie le pouvoir d'accomplir la plupart des actes qui tendent à la réalisation de l'objet social et qui ne sont pas du ressort de l'assemblée générale extraordinaire ou de l'assemblée générale ordinaire (28).

(24) Ripert : *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 1143, p. 548.

(25) Hamel et G. Lagarde, *op. cit.*, n° 750, p. 775.

(26) Ripert, *op. cit.*, n° 1143, p. 548.

(27) Arrêt Motte, Civ. 4-6-1946, G. P. 1946, 2, 136. S. 1947, I, 153, note Barbry ; J. C. P. 1947, 2, 3533, note D. Bastian.

(28) J. Leblond : Les pouvoirs respectifs de l'assemblée générale, du président directeur général et du directeur général adjoint dans la doctrine institutionnelle. G. P. 1957, I, 29.

211. — Mais si la loi de 1940 a maintenu la tradition instaurée par la loi de 1867 qui confiait au conseil l'administration de la société anonyme, elle n'en a pas moins apporté une innovation en distinguant la direction de l'administration de la société anonyme. Cette distinction fondamentale en droit français n'existe dans aucun des pays de l'Europe des Six ; elle suppose d'ailleurs une délimitation des pouvoirs respectifs du président directeur général et du conseil d'administration, pouvoirs respectifs que la loi n'a malheureusement pas définis (29).

Si le conseil apparaît l'organe prépondérant de l'administration de la société anonyme, il semble que ses pouvoirs tendent à s'imbriquer pour une part dans les pouvoirs de gestion courante du Président directeur général.

Sous ces réserves, il reste que le conseil d'administration est, au moins en apparence, un organe d'administration, c'est-à-dire de gestion au sens large. Certains auteurs ont été jusqu'à dire que « le conseil d'administration est l'organe de gestion de la « société anonyme » (30).

C'est dire qu'au premier abord, sa mission essentielle ne semble pas une mission de contrôle de la gestion.

La mission des commissaires est de contrôler, sur un plan strictement comptable ; la fonction légale du conseil est, en théorie du moins, d'administrer et non de contrôler ; il semble donc qu'il n'y ait pas en France de contrôle de la gestion sociale.

Mais cela n'est qu'une apparence et il convient de rechercher quelle est, au-delà de sa mission légale, la fonction réelle exercée en fait par le conseil d'administration de la société anonyme en droit français.

Section II. — Le rôle réel du conseil d'administration : le contrôle de la gestion du président directeur général

Devant la carence du législateur en ce qui concerne la définition des pouvoirs exacts du conseil d'administration, les théories les plus opposées ont été soutenues.

212. — Selon les partisans de la conception contractuelle de la société anonyme, la définition des pouvoirs du conseil d'administration repose sur la théorie du double mandat. Les statuts

(29) J. Leblond, *op. cit.*, p. 29.

(30) J. Escarra, E. Escarra et J. Rault : *Traité théorique et pratique de droit commercial*, 1959, t. IV ; *L'administration des sociétés anonymes*, n° 1450, p. 133.

déterminent le mandat donné par l'assemblée générale des actionnaires au conseil d'administration et le conseil établit une délégation plus ou moins étendue au profit du président (31). Dans cette conception, le conseil occupe une place essentielle dans l'administration. Selon M. Michel : « C'est le conseil qui « arrête souverainement l'étendue des attributions du président... le conseil ne pouvant se dessaisir de la totalité des prérogatives que les statuts lui confèrent. »

213. — D'autres auteurs, commentant la loi de 1940, y ont vu une application de la théorie allemande « du chef responsable » (32) et ont mis l'accent sur l'idée que le législateur de 1940 et 1943 avait voulu concentrer l'essentiel des pouvoirs de gestion entre les mains du président-directeur général. Comme l'écrivait Hamel : « Il apparaît de plus en plus que le législateur « a fait un effort pour concentrer sur une seule tête les charges « qui représentent la gestion des affaires sociales » (33).

Dans la conception des partisans de la théorie du « chef responsable », le président-directeur général ordonne les délibérations du conseil et élabore les décisions, le conseil se bornant à un rôle de surveillance (34).

214. — Sans aller jusqu'à dire que le conseil d'administration ne constitue dans la société anonyme qu'un organe de surveillance, lorsque l'on analyse en fait les pouvoirs exercés par ce conseil, deux constatations fondamentales apparaissent : d'une part, les pouvoirs de gestion du conseil s'effacent de plus en plus devant ceux du président-directeur général, d'autre part et surtout, la mission essentielle du conseil paraît de plus en plus être de surveiller la gestion du président-directeur général. Ce sont ces deux constatations qu'il nous faut mettre en évidence avant de tenter une explication par l'histoire de la contradiction apparente entre les pouvoirs légaux et le rôle joué en fait par le conseil d'administration.

§ 1. — L'EFFACEMENT DES POUVOIRS DE GESTION DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

215. — Cet effacement tient tout d'abord à l'incompatibilité de la notion même de gestion avec le concept de conseil. Un conseil est essentiellement un organe collectif ; les administra-

(31) Hamel et G. Lagarde, *op. cit.*, n° 650, p. 575. — Guy Vernon : *Le président directeur général dans les sociétés anonymes*, 2^e éd., 1958.

(32) Cordonnier : Commentaire de la loi du 16-2-1940, D. C. 1941, L 1. — Louis Czulowski : La notion de direction dans les sociétés anonymes et la législation de 1940. Thèse, 1943.

(33) Hamel : *Les pouvoirs du président directeur général*, d'après la loi du 4-3-1943, G. P. 43-2-59.

(34) L. Czulowski, *op. cit.*, p. 96.

teurs constituent une autorité collégiale ; pris individuellement, ils n'ont aucun pouvoir. Les pouvoirs appartiennent au conseil qu'ils forment et qui est indépendant de leurs personnes (35). Or, « un conseil ne peut pas administrer, il ne peut que contrôler » et conseiller un directeur » (36).

Les raisons de cette impossibilité d'administrer effectivement tiennent d'une part à ce qu'un organe collectif ne peut siéger en permanence, et d'autre part à ce que cet organe collectif peut délibérer mais ne peut exécuter lui-même les décisions qu'il a arrêtées (37). De plus, de ces deux organes de gestion, l'un — le président-directeur général — agit de manière continue ; l'autre — le conseil d'administration — ne se réunit que périodiquement ; de sorte que le premier se trouve forcément amené à prendre des décisions importantes sans pouvoir consulter le second (38).

216. — La conséquence essentielle de cet état de choses est que le conseil d'administration, s'il a le pouvoir légal de participer à la gestion de la société, tend de plus en plus à abandonner au président-directeur général la plus grande partie de ces pouvoirs, se réservant seulement la possibilité d'orienter la politique générale de la société et éventuellement de passer ou d'autoriser les actes les plus importants (39). Cette tendance apparaît d'ailleurs spécialement marquée dans les sociétés commerciales importantes (40).

Autrement dit, de plus en plus le pouvoir propre de gestion du conseil d'administration tend à se traduire essentiellement par une mission coordinatrice et régulatrice. Le conseil n'intervient effectivement dans la gestion de la société que lorsqu'il s'agit de fixer la politique commerciale ou financière de l'entreprise ou de conclure les opérations les plus importantes telles qu'achat ou vente d'immeubles (41). C'est le conseil qui décidera le plus souvent si la société pratiquera l'autofinancement ou recourra à l'emprunt à long terme, mais c'est le président seul qui déterminera le moment et l'importance de l'emprunt particulier à l'intérieur des limites générales (42).

217. — En contrepartie de cette limitation des pouvoirs de gestion proprement dits, une importance grandissante est accor-

(35) Pierre Van Ommeslaghe, *op. cit.*, n° 257, p. 428.

(36) G. Ripert, *op. cit.*, n° 638, p. 545.

(37) P. Baudouin-Bugnet et G. Gozard : *La direction des sociétés par actions en France et en Allemagne*, 1941, p. 20.

(38) Cf. sur ce point Claude Berr : *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, 1961.

(39) En ce sens, Claude Berr, *op. cit.*

(40) J. et E. Escarra et J. Rault, *op. cit.*, n° 1473, p. 164.

(41) E. et J. Escarra et J. Rault, *op. cit.*, p. 165.

(42) C. Berr, *op. cit.*

dée à une autre fonction et cadre mieux avec le concept de conseil ; il s'agit de la surveillance de la gestion du président-directeur général.

§ 2. — LA MISSION DE SURVEILLANCE DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

218. — Le premier aspect de ce rôle de surveillance exercé par le conseil d'administration sur le président-directeur général consiste dans le droit d'élire et de révoquer *ad nutum* le président-directeur général. L'article 12 de la loi du 4 mars 1943 dispose : « Le conseil d'administration nomme parmi ses membres « un président qui peut être élu pour la durée de son mandat d'administrateur. *Le conseil peut, à tout moment, lui retirer « ses fonctions de président... ».*

Cette révocabilité *ad nutum* se distingue de la mise en œuvre de la responsabilité du président ; elle permet en effet de juger, non pas si la direction a été fautive, mais si elle a bien été faite « dans l'intérêt de la société » (43).

Nous voyons ainsi apparaître, par le biais de cette révocabilité *ad nutum*, un véritable contrôle de l'opportunité de la gestion de la direction. On peut en effet reprocher une gestion inopportune à la direction même si aucune faute n'a été commise (44).

A côté de ce droit de révoquer *ad nutum* le président-directeur général, certaines obligations à la charge du président traduisent encore ce rôle de surveillance du conseil. Le président-directeur général est tenu de rendre compte de son activité au conseil d'administration, aussi bien d'ailleurs qu'à l'assemblée générale des actionnaires (45).

219. — Mais les manifestations essentielles de cette mission de surveillance ont trait, d'une part, sous une forme en quelque sorte négative, à la responsabilité encourue par les membres du conseil pour défaut de surveillance du président-directeur général, et d'autre part, de manière positive cette fois, par le contrôle *a priori* du conseil sur les contrats particuliers visés par l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867.

1. — LA RESPONSABILITÉ DES MEMBRES DU CONSEIL POUR DÉFAUT DE SURVEILLANCE DU PRÉSIDENT-DIRECTEUR GÉNÉRAL.

220. — L'idée générale qui éclaire l'abondante jurisprudence en cette matière est que les actes du président-directeur général

(43) Guy Vernon : *Le président directeur général dans les sociétés anonymes*, 2^e éd., 1958.

(44) G. Vernon, *op. cit.*

(45) J. et E. Escarra et J. Rault, *op. cit.*, n° 1508, p. 210. — G. Lagarde : *Commentaire de la loi du 16-2-1940*, S. 1941-1-653.

engagent non seulement sa responsabilité personnelle, mais également celle des membres du conseil d'administration : « Le conseil d'administration est (en effet) tenu de surveiller et de contrôler la gestion du président ; le défaut de surveillance est une faute qui engage la responsabilité des administrateurs » (46).

a) *Avant 1940*

221. — Le principe de cette responsabilité des administrateurs pour défaut de surveillance de la direction a été affirmé, déjà sous l'empire de la loi de 1867, et alors que la gestion courante de la société n'était assumée que par l'administrateur délégué.

La Cour de cassation a considéré en effet, en se fondant sur l'article 44 de la loi du 24 juillet 1867 selon lequel les administrateurs sont responsables « des fautes qu'ils auraient commises dans leur gestion », que la responsabilité des administrateurs se trouvait engagée dès lors qu'il était établi que ces administrateurs n'avaient « pas surveillé les agissements de l'administrateur délégué ni empêché l'emploi fait par lui des fonds de la société pour ses affaires personnelles » (47). Et le Doyen Hamel a précisé, en 1933, que même si le directeur général avait été nommé par les statuts, ceux-ci avaient confié aux administrateurs de la mission de « contrôler ceux auxquels a été conféré le rôle actif dans la vie sociale » (48).

222. — Mais c'est surtout un arrêt de la section commerciale de la Chambre civile de la Cour de cassation du 10 mai 1948 qui, bien que postérieur à la loi de 1940, statuait encore à propos d'un administrateur délégué, a affirmé que « les membres du conseil d'administration d'une société commerciale sont en principe responsables des fautes commises par les administrateurs délégués lorsque, par leur vigilance ou leur perspicacité, ils auraient pu les empêcher » (49). Et elle a ajouté, semblant par là même établir une véritable présomption de faute à l'encontre des administrateurs : « Ils n'échappent à cette responsabilité qu'à la condition d'établir qu'ils aient pu légitimement ignorer ces actes, qu'ils aient été victimes de fraudes qu'ils n'étaient pas en mesure de déjouer et que leurs instructions n'aient pas été suivies » (50).

Cette interprétation de l'arrêt a d'ailleurs fait l'objet de certaines critiques. Plusieurs auteurs ont en effet fait observer

(46) A. Joly : *Dictionnaire des sociétés anonymes*, t. I, n° 158, feuillet 54 bis, p. 112.

(47) Cas. req. 7 janv. 1930 : Michalet-Sirot et autres c/ Aussere es qual. D. P. 1932. I. 191, note Cordonnier.

(48) Hamel : Note sous req. 1^{er} déc. 1931, D. P. 1933, 1, 89.

(49) Cas. civ. (section commerciale), 10-5-1948, Sté Raoul Duval et Cie c/ Sté Havraise transocéanique. *Rev. trim. droit. com.*, 1949, p. 87, note G. Rault, J. C. P. 4937, note D. Bastian ; S. 1950, I, 77, note R. Plaisant.

(50) Même arrêt.

que : « la formule de la Cour de cassation se justifi(ait) par les « conditions de fait dans lesquelles s'exercent les fonctions du « conseil d'administration » (51). Etant donné que le conseil d'administration dans son ensemble a pour devoir de contrôler la gestion du président-directeur général, les fautes commises par celui-ci sont également celles du conseil et de ses membres. Il appartient aux administrateurs de prouver les faits justifiant leur ignorance pour dégager leur responsabilité.

En l'espèce d'ailleurs, l'arrêt de la Cour de Rouen du 23 décembre 1942, qui était soumis à la censure de la Cour de cassation en 1948, avait relevé expressément que la faute des administrateurs avait consisté à s'abstenir de vérifier l'opportunité et la correction de l'opération entreprise par l'administrateur délégué et à s'associer aux procédés employés par ce dernier pour surmonter les difficultés de la société.

223. — La Cour suprême a été plus loin ; elle a cassé, en 1954, la décision d'une Cour d'appel qui avait relevé que les administrateurs n'avaient commis aucune violation des règles légales, méconnaissance des statuts ou faute de gestion, au motif que la dite Cour d'appel ne s'était pas « expliquée sur l'exécution « de la *mission de surveillance et de contrôle* qui incombe aux « administrateurs » (52).

b) Depuis la loi de 1940

La question de la responsabilité des administrateurs pour défaut de surveillance du président-directeur général s'est posée à nouveau depuis la loi du 16 novembre 1940 ; la dite loi est venue préciser encore dans certains cas la responsabilité des administrateurs : « En outre, si la faillite ou la liquidation judiciaire de la société fait apparaître une insuffisance d'actif, « le tribunal de commerce peut, à la demande du syndic ou du « liquidateur judiciaire, décider que les dettes sociales seront « supportées, jusqu'à concurrence du montant qu'il déterminera, « soit par le président, soit par les administrateurs membres « du comité, soit par les autres administrateurs ou par certains « d'entre eux, avec ou sans solidarité.

« Pour dégager leur responsabilité, le président et les administrateurs impliqués doivent faire des affaires sociales toute « l'activité et la diligence d'un mandataire salarié » (53).

224. — C'est à ce propos de l'application de ce texte qu'ont été rendues plusieurs décisions dans l'affaire Glorieux.

(51) R. Plaisant : Note sous civ. 10-5-1948, S. 1950, L 77.

(52) Cas. civ. sect. com. 3-5-1954, Amiguet/Dame Clave et autres, D. 54.437 ; J. C. P. 54, 2, 8257, note Bastian ; G. P. 54. I, 394.

(53) Loi du 16 nov. 1940, art. 4, § 4 et 5.

L'article 4, § 5 précité de la loi du 16 novembre 1940 paraît, en effet, présumer la faute des administrateurs qui, pour échapper à la responsabilité, doivent prouver « qu'ils ont apporté » à la gestion sociale toute l'activité et la diligence d'un mandataire salarié ». Mais, en pratique, les juges relèvent le plus souvent l'existence de fautes déterminées à la charge des administrateurs pour les obliger à tout ou partie du passif (54).

Dans l'affaire Glorieux, le tribunal de commerce de Roubaix a considéré que la responsabilité des administrateurs devait être engagée bien que le président-directeur général leur ait caché la mauvaise gestion de l'affaire dès lors que ceux-ci n'ont pas surveillé activement et efficacement en bon père de famille la marche de la société et que divers éléments dont les discordances des bilans provisoires et de l'état des situations financières leur permettaient de découvrir les malversations du président-directeur général (55).

Sur appel, la Cour de Douai a, par arrêt avant-dire-droit du 11 juillet 1957, ordonné une expertise aux fins de déterminer quelle était la situation de la société à l'époque des infractions incriminées, s'il existait des difficultés de nature à motiver une surveillance étroite de la gestion, enfin si au vu des documents qui leur avaient été fournis les administrateurs étaient en mesure de surveiller correctement la marche de l'affaire (56).

225. — Il semble ainsi, comme le note M. le Professeur G. Lagarde dans sa note sous l'arrêt, que la jurisprudence refuse de reconnaître l'existence d'une présomption de faute semblable à celle de l'article 1384 C. civ. Le président-directeur général, moins encore que l'ancien administrateur délégué, ne saurait être considéré comme un préposé des administrateurs. On en revient donc, tant pour l'application de l'article 44 de la loi de 1867 que pour celle de l'article 4 de la loi de 1940, à la « définition classique de la « faute » (57). Précisons enfin que la Cour de Douai statuant au fond après dépôt du rapport d'expertise, tout en déclarant que « l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940 » « édicte une présomption de faute à la charge du président-général et des administrateurs de sociétés anonymes » a pris soin, pour condamner les administrateurs des établissements Glorieux, de relever à leur encontre des fautes caractérisées en soulignant que ces administrateurs n'avaient « paru vouloir contrôler la gestion » du président-directeur général que tardivement alors « que le contrôle de la gestion de la société s'avérait » « nécessaire au cours du long exercice de dix-sept mois et demi » « ne devant donner lieu à un bilan » et en précisant que le

(54) F. Gôré : Note sous trib. com. Roubaix, 26-9-1946, D. 57, p. 10.

(55) Trib. com. Roubaix, 26-9-1946, Glorieux et autres c/ Syndic faillite Etablissements Glorieux, D. 1957, 10.

(56) Cour Douai, 11 juill. 1957, D. 57, 715, note G. Lagarde.

(57) G. Lagarde, *op. cit.*

« persistant crédit maintenu au directeur général (par les administrateurs), alors que son administration donnait lieu à critique, a été fautif » (58).

226. — Il reste de cette longue analyse de la jurisprudence que si la responsabilité des administrateurs peut être engagée à raison d'un défaut de surveillance du président-directeur général, c'est bien la preuve qu'il entre dans la mission du conseil d'administration de contrôler la gestion du président-directeur général.

Comme l'observait M. le Professeur G. Lagarde, dans sa note sous l'arrêt de la Cour d'appel de Douai du 11 juillet 1957, « la jurisprudence relative à la responsabilité des membres du conseil d'administration à raison des fautes commises par la direction générale s'inspire (d'ailleurs) du rôle véritable imparti aux administrateurs » (59).

Cette jurisprudence s'inspire également, à notre avis, du rôle réel du président-directeur général : « En sa qualité de directeur général, le président assure sur le plan économique et financier la bonne marche des affaires sociales avec des pouvoirs personnels considérables, mais sous le contrôle du conseil d'administration » (60).

Mais à côté de cette surveillance *a posteriori* exercée par le conseil d'administration, il existe une autre manifestation du pouvoir de contrôle conféré à cet organe, manifestation qui semble plus « positive » puisqu'il s'agit du contrôle *a priori* exercé par le conseil sur les conventions passées entre la société et l'un de ses administrateurs.

2. — LE CONTRÔLE SPÉCIAL *et* « A PRIORI » EXERCÉ PAR LE CONSEIL D'ADMINISTRATION EN VERTU DE L'ARTICLE 40.

227. — Nous avons déjà exposé, à propos de l'analyse des rapports des commissaires aux comptes, l'exigence, par l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867 (61), d'un rapport spécial des commissaires aux comptes lorsqu'ont été passés des contrats entre la société et l'un de ses administrateurs (62).

Nous avons également indiqué quelles étaient les conventions visées par le dit article 40 (63).

Mais à côté de ce rapport spécial des commissaires, la loi de 1867 modifiée sur ce point par la loi du 4 mars 1943 a prévu une autre formalité essentielle qui met en lumière le rôle véritable du conseil d'administration : la nécessité d'une autorisation préalable de ces conventions par le conseil d'administration.

(58) Cour Douai 12-10-1961, D. 62 J 137.

(59) D. 1957, 715.

(60) Moliérac : *Manuel des sociétés anonymes*, p. 192.

(61) Modifiée par la loi du 4 mars 1943.

(62) *Supra*, p. 128 et suivantes.

(63) *Supra*, p. 129 et suivantes.

a) *Evolution législative*

228. — L'ancien article 40 de la loi de 1867 défendait aux administrateurs « de prendre ou de conserver un intérêt direct « ou indirect dans une entreprise ou dans un marché fait avec « la société pour son compte, à moins qu'ils n'y soient autorisés « par l'assemblée générale ».

Cette disposition aurait été fort gênante s'il avait fallu réunir l'assemblée générale pour autoriser spécialement chaque marché, de sorte que la pratique a rapidement admis que l'autorisation pouvait être globale et anticipée. L'assemblée générale annuelle votait régulièrement une disposition autorisant les administrateurs à traiter avec la société (64). Cette délibération aboutissait, en définitive, à détruire purement et simplement la règle légale.

229. — Le législateur de 1943 a substitué à l'autorisation préalable de l'assemblée celle du conseil d'administration. Le nouvel article 40 dispose en effet : « Toute convention entre une « société et l'un de ses administrateurs, soit directement, soit « indirectement, soit par personne interposée, doit être soumise « à l'autorisation préalable du conseil d'administration. »

Il s'agit là sans aucun doute d'une « mesure de contrôle « exercée par les membres du conseil sur l'activité de la direction » (65).

Il importe d'en délimiter les conditions d'application telles qu'elles ont été dégagées par la jurisprudence.

b) *Interprétation jurisprudentielle*

230. — 1) La première question qui se pose à propos de ces conditions d'application est relative au contenu de l'autorisation exigée par l'article 40. La jurisprudence a su tirer profit de la modification apportée par la loi de 1943 et elle a considéré que l'autorisation exigée par l'article 40 était une autorisation spéciale (66). Autrement dit, chaque convention doit être soumise à l'autorisation du conseil. On ne saurait concevoir que le conseil autorise la société une fois pour toutes à contracter avec l'un de ses administrateurs (67).

231. — 2) La seconde question est celle de la sanction. La Cour de Paris, dans l'arrêt *Cerès Farincourt*, a prononcé (I) la nullité des conventions visées par l'article 40 et passées sans

(64) Voir sur ce point, Ripert : *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 1150, p. 553.

(65) Hamel et G. Lagarde, *op. cit.*, n° 658, p. 785. — Ph. Simon : L'aspect institutionnel de l'art. 40 de la loi du 24-7-1867, 1944.

(66) Cour appel Paris, 23-2-1955, Aff. *Cerès-Farincourt*. D. 56. 290, note Goré ; *Journ. Soc.* 1956, p. 261, note Plaisant ; *Rev. trim. droit com.*, 1956, p. 285, obs. J. Rault.

(67) J. et E. Escarra et J. Rault, *op. cit.*, n° 1436, p. 114.

autorisation du conseil d'administration. La Cour de cassation, par arrêt du 16 juin 1959, a rejeté le pourvoi formé contre cette décision (68).

Cette solution peut paraître rigoureuse et certains auteurs ont souligné les dangers qu'elle pouvait comporter pour les co-contractants de bonne foi qui ignorent les qualités de ceux avec qui ils ont contracté (69).

En réalité il semble, d'une part que cette ignorance des tiers contractants soit assez rare en fait et qu'en droit ceux-ci disposent de moyens d'information suffisants pour connaître la qualité de leurs co-contractants. Il faut donc, à notre avis, approuver la solution rigoureuse de la jurisprudence à cet égard (70).

232. — Cette jurisprudence (71) n'a d'ailleurs fait qu'appliquer les solutions antérieures en tenant compte de la substitution par la loi de 1943 de l'autorisation préalable du conseil d'administration à celle de l'assemblée générale. Sous l'empire de l'ancien article 40, en effet, la Cour de cassation avait décidé que les conventions visées par ce texte pouvaient être annulées pour défaut d'autorisation préalable de l'assemblée générale (72).

233. — Une fois admise en principe, reste à savoir si cette nullité est absolue ou seulement relative, autrement dit si le conseil d'administration peut ou non ratifier une convention non autorisée. Dans l'arrêt Cérés Farincourt (73), le ministère public s'était montré favorable au principe de la nullité absolue ; la Cour d'appel, au contraire, a considéré « que cette nullité n'intéressait pas directement l'ordre public, qu'elle était pas suite relative, susceptible de confirmation ou de ratification ». La Cour de cassation, on l'a vu, a rejeté le pourvoi formé contre cette décision (74).

234. — Il reste de cette étude de l'article 40 que tant le législateur qui en a modifié le texte que la jurisprudence qui l'a interprété consacrent une application spéciale du contrôle *a priori* exercé par le conseil d'administration sur le président-directeur général.

Il s'agit là de deux manifestations, l'une négative, l'autre positive, du rôle essentiel joué en fait par le conseil d'administration

(68) Cass. civ., sect. com., 16-6-1959, G. P. 59, 2, 53.

(69) En ce sens, P. A. Rosenfeld : A propos de l'article 40. *Rev. des Soc.* 1958, p. 360 et suiv.

(70) Pierre Fauconneau : Du défaut d'autorisation préalable du conseil d'administration en matière de conventions soumises à l'art. 40 de la loi du 24 juillet 1867. G. P. 60, 1, doct. 8.

(71) Cf. également : C. ap. Paris, 18-3-1959, G. P. 59-2-7. — C. ap. Paris, 6-6-1959, G. P. 59-2-171.

(72) Cas. Req. 29-7-1930, *Journ. Soc.*, 1931, p. 89 à 96, note H. Lecompte.

(73) C. ap. Paris, 23-2-1954, G. P. 56-1-40.

(74) Civ. sect. com. 16-6-1959, G. P. 59-2-53.

au sein de la société anonyme : le contrôle de la gestion du président-directeur général. C'est d'ailleurs, à peu de choses près, la conclusion à laquelle est parvenue M^e Fernand-Charles Jeantet dans le rapport qu'il a présenté au congrès international pour la création d'une société commerciale de type européen.

Analysant le rôle réel du conseil d'administration en droit français, il conclut en effet : « Sauf à comprendre les termes « contrôle » de l'administration dans un sens large qui englobe « la possibilité de donner des directives générales et à permettre « au conseil de donner des avis toutes les fois qu'il en est prié, « la mission normale semble bien devoir être une *mission de « contrôle »* » (75).

Comment s'est opérée cette transformation dans les faits du rôle joué par le conseil d'administration ?

§ 3. — L'EXPLICATION PAR L'HISTOIRE

235. — Une remarque essentielle est que la distinction de l'administration et de la direction des sociétés anonymes est relativement récente.

1. — LA CONCEPTION DE LA LOI DU 24 JUILLET 1867.

236. — Cette loi, demeurée pendant longtemps la seule charte des sociétés anonymes en France, ne distinguait pas l'administration de la direction.

Lorsque la pratique s'est affirmée de confier l'administration à un conseil sont apparus les inconvénients que nous avons dénoncés, et notamment ceux résultant de l'incompatibilité entre la notion de conseil, c'est-à-dire d'organe collectif, et celle de gestion courante exigeant des décisions rapides (76).

Il devenait nécessaire de charger une personne d'exécuter les décisions du conseil et aussi de les préparer (77). Or, le législateur, profondément libéral sur ce point, laissait les administrateurs libres de choisir parmi eux un directeur ou de se substituer un mandataire étranger. De sorte que pratiquement la direction de la société se trouvait assurée par un administrateur délégué ou par un directeur général.

Dans l'esprit de la loi de 1867, la construction juridique se trouvait essentiellement fondée sur la notion de mandat. Les administrateurs étaient les mandataires des associés ; l'administrateur délégué était le mandataire des administrateurs et se

(75) Congrès international pour la création d'une société commerciale de type européen. Paris, 16-17-18 juin 1960. Rapport de M^e Jeantet : Gestion et contrôle, p. 41.

(76) Voir *supra*, p. 208.

(77) G. Ripert, P. Durand et R. Roblot, *op. cit.*, n° 1160, p. 557.

trouvait, par rapport à la société, dans la situation d'un « mandataire » substitué (78).

237. — Avec l'idée de mandat apparaît comme corollaire l'idée de hiérarchie. Au sommet, l'assemblée générale qui normalement est le véritable contrôleur de la gestion. Dans cette optique, les commissaires aux comptes n'avaient qu'une mission d'auxiliaire ; ils devaient vérifier les comptes et les soumettre à l'assemblée pour lui permettre d'exercer sa surveillance en toute connaissance de cause ; ils étaient, eux aussi, des mandataires des associés.

C'est cette conception qu'illustrait l'ancien article 40 en soumettant les conventions entre la société et ses administrateurs au contrôle *a priori* de l'assemblée générale.

Mais déjà une évolution était amorcée, qui tendait à éloigner les actionnaires du contrôle de la marche de la société. Les causes de cette évolution ont été largement dénoncées ; il s'agit notamment de l'absentéisme des actionnaires (79). Cette évolution est d'ailleurs semblable à celle qui s'est produite dans la plupart des pays européens (80).

2. — LES LOIS DU 16 NOVEMBRE 1940 ET DU 4 MARS 1943.

238. — Le Gouvernement de Vichy a voulu transformer et organiser la direction des sociétés anonymes. C'est l'objet essentiel des lois du 18 septembre 1940 (aussitôt abrogée), du 16 novembre 1940 et du 4 mars 1943.

La loi du 16 novembre 1940 a posé le principe de la distinction entre l'administration et la direction ; elle a confié la direction de la société au président du conseil d'administration à qui elle a donné le titre de président-directeur général.

239. — Cependant, tout en organisant la direction de la société anonyme, les réformateurs sont, semble-t-il, restés prisonniers du passé. Ils ont refusé de pousser à bout les conséquences logiques de la réforme et de faire du conseil d'administration un véritable organe de contrôle de la gestion sociale. Ils ont continué à considérer le conseil comme un véritable organe d'administration mais n'ont pas dégagé les critères permettant de distinguer l'administration de la direction. De sorte que certains auteurs ont pu considérer que « les deux notions d'administration et de direction générale sont bien près de se confondre » (81).

(78) Ripert, *op. cit.*, p. 557, n° 1160.

(79) *Supra*, p. 189 et suivantes.

(80) Congrès international pour la création d'une société commerciale de type européen, *op. cit.*, p. 40.

(81) Bosvieux : *La loi nouvelle sur l'administration et la direction des sociétés anonymes*, n° 9, p. 21.

240. — En réalité, si l'on analyse l'évolution qui s'est produite en fait dans l'administration et le contrôle de la société anonyme, on peut constater comme un double glissement : le premier s'est manifesté, nous l'avons vu, dès avant la loi de 1940, par un abandon progressif des pouvoirs de gestion du conseil au profit de la direction (administration délégué ou président-directeur général) ; corrélativement, devant l'effacement progressif du contrôle de gestion exercé théoriquement par l'assemblée générale, un autre glissement s'est produit tendant à conférer au conseil une partie de ses pouvoirs de surveillance et plus précisément de contrôle de la gestion de la direction.

Le symbole de ce second glissement est la modification apportée par la loi du 4 mars 1943 à l'article 40 de la loi de 1867. Ce texte, nous l'avons vu, a substitué au contrôle *a priori* de l'assemblée générale l'autorisation préalable du conseil d'administration.

Parallèlement, une autre évolution se manifestait. La conception contractuelle de l'organisation des pouvoirs de la société perdait du terrain : les rapports contractuels de base tendaient à s'éloigner des solutions gouvernant l'administration de la société.

Si, sous l'empire de la loi de 1867, l'administrateur délégué était traditionnellement considéré comme un « mandataire substitué », la loi de 1940, en organisant le statut de la direction, traduisait déjà une transformation profonde. La jurisprudence allait consacrer cette transformation par un célèbre arrêt du 4 juin 1946.

3. — L'ARRÊT MOTTE.

241. — Par l'arrêt Motte (82), en effet, la Cour de cassation a consacré l'évolution qui vient d'être rappelée et décidé que la société anonyme « est une société dont les organes sont hiérarchisés et spécialisés ».

Cette décision marque une étape fondamentale ; elle constate que la société anonyme est devenue « une institution de droit « privé, c'est-à-dire un groupement de personnes réunies dans « l'intérêt commun, en vue de réaliser une idée mère (l'objet « social), par le moyen d'une organisation permanente dans « laquelle, en vertu d'une réglementation légale, chacun des « organes sociaux a une fonction déterminée dont on ne peut « le priver et à laquelle il ne peut renoncer » (83).

242. — L'idée neuve, c'est le principe de la spécialisation.

La hiérarchie des pouvoirs existait en effet déjà dans la conception contractuelle : au sommet de cette hiérarchie se

(82) Civ. 4-6-1946, S. 47-1-153, note Barbry. — J. C. P. 47-2-3533, note Bastian.

(83) J. Leblond, *op. cit.*, G. P. 1957, 1, p. 29.

trouvait l'assemblée générale extraordinaire qui a le pouvoir de modifier les statuts dans presque toutes leurs dispositions ; au-dessous, l'assemblée générale ordinaire qui approuve ou rejette les comptes, nomme ou révoque les administrateurs ; au-dessous encore, le conseil d'administration qui « administre » la société et nomme et révoque le président-directeur général, enfin la direction générale chargée de la « gestion courante ».

Mais cette seule idée de la hiérarchie entraînait comme conséquence dans la conception contractuelle que le mandant avait la possibilité, au moins théoriquement, d'exercer certaines fonctions au lieu et place du mandataire.

Avec l'arrêt Motte, le principe de la hiérarchie est maintenu, mais il se trouve assorti du principe de la spécialisation des organes et de la séparation des pouvoirs au sein de l'administration de la société anonyme.

Autrement dit, l'organe supérieur n'a pas le droit d'empiéter sur les prérogatives de l'organe inférieur et inversement (84).

Ce principe est valable aux quatre échelons de la hiérarchie. C'est ainsi, par exemple, que le président-directeur général ne pourrait être nommé par l'assemblée générale ordinaire des actionnaires.

243. — En ce qui concerne la question qui nous intéresse particulièrement, la distinction entre l'administration et la direction, la conséquence de l'arrêt de 1946 est qu'il existe un certain nombre d'actes qui relèvent de la compétence exclusive du président-directeur général et pour l'exécution desquels il ne saurait être remplacé par le conseil d'administration. Celui-ci ne peut devenir alors qu'un simple organe de contrôle, et en vertu du même principe de la spécialisation l'assemblée générale, bien qu'organe supérieur hiérarchiquement, ne pourrait lui ravir ces fonctions de surveillance.

244. — Certes, il serait exagéré de considérer, comme l'ont fait certains auteurs (85), que le conseil d'administration n'est purement et simplement qu'un organe de surveillance. L'évolution n'est en effet pas arrivée à son terme et les actes d'administration « les plus graves » sont toujours accomplis par le conseil d'administration sous le contrôle de l'assemblée générale ; mais n'a-t-on pas dit que même dans la conception allemande de l'Aufsichtsrat, le conseil de surveillance, malgré l'interdiction de principe faite à ses membres d'exercer des fonctions d'administration, participe pour un part aux décisions les plus importantes ? (86).

Une double évolution a, semble-t-il, rapproché les deux régimes

(84) J. Leblond, *op. cit.*

(85) L. Czulowski.

(86) Cf. *supra*, p. 169.

des sociétés anonymes partis de solutions de départ contradictoires.

La cause de cette double évolution est la même : la difficulté de déterminer une frontière précise entre le contrôle de la gestion *stricto sensu*, et l'immixtion dans la gestion.

245. — En ce qui concerne particulièrement le régime français, il semble que le rôle réel du conseil d'administration soit double : un rôle de surveillance du président-directeur général d'une part, qui est semblable à celui des contrôleurs de la gestion existant dans les autres pays, et un rôle d'orientation d'autre part dans la mesure où il fixe la politique générale de la société, détermination qui réclame effectivement un débat, une délibération et ressort bien comme telle de la compétence d'un conseil.

Mais n'est-ce pas là une nouvelle fonction de contrôle de la gestion au sens le plus large de ce terme ?

Ayant ainsi examiné quel pouvait être, en droit français, l'organe le plus propre à exercer les fonctions de contrôleur de la gestion et ayant ainsi constaté que ce contrôle était, comme en droit allemand, distinct du contrôle des comptes, il convient de rechercher quelles sont les règles présidant à la composition de cet organe.

S'agissant d'un organe de contrôle, la première question qui se pose est celle de la détermination des garanties exigées dans le choix de ses membres.

Section III. — Les garanties exigées dans le choix des administrateurs

§ 1. — L'INDEPENDANCE PAR RAPPORT A LA DIRECTION

246. — La principale garantie exigée d'un contrôleur doit être constituée, avons-nous dit (87), par des règles tendant à assurer l'indépendance des contrôleurs par rapport aux contrôlés.

Cette indépendance peut sembler au premier abord compromise par le fait que la direction de la société anonyme est assurée en France par le président du conseil d'administration. Pourtant, l'article 2, § 2 de la loi du 16 novembre 1940, tel que modifié par la loi du 4 mars 1943, dispose : « Aucun membre du conseil d'administration autre que le président, l'administrateur recevant une délégation dans les cas prévus aux alinéas 4 et 5 ci-après, et l'administrateur choisi comme directeur général ne peut être investi de fonctions de direction dans la société »,

(87) Cf. *supra*, p. 62 et suiv.

les alinéas 4 et 5 de cet article étant relatifs aux cas où le président se trouve empêché d'exercer ses fonctions.

C'est le principe dit de l'incompatibilité des fonctions d'administrateur et de directeur.

Une controverse est née à propos de l'interprétation de la notion de « fonctions de direction » sur le point de savoir si cette expression s'entendait des seules fonctions de direction générale ou également de celles de direction technique (88).

Il reste, du point de vue qui est le nôtre, que ce principe apparaît au premier chef destiné à assurer l'indépendance des administrateurs par rapport à la direction.

§ 2. — LES GARANTIES D'HONORABILITE

247. — Quant aux garanties relatives à l'honorabilité, le procédé utilisé par le législateur est le même que pour les contrôleurs des comptes : l'incompatibilité. Ce sont d'ailleurs les mêmes textes, les décrets-lois de 1935 et la loi du 30 août 1947 qui ont établi des incompatibilités et des interdictions destinées à assurer la moralisation de la fonction (89).

§ 3. — LA COMPETENCE ?

248. — En ce qui concerne la dernière série de garanties relatives à la compétence des administrateurs, peu de textes ont osé s'attaquer à ce délicat problème. On peut citer par exemple l'article 596 du Code de la Santé publique (Décret du 5-10-1953), qui exige dans les sociétés anonymes de préparation ou de vente en gros de produits pharmaceutiques que le président et la majorité des administrateurs aient le diplôme de pharmacien (90).

En réalité, s'il n'existe des garanties de compétence que dans des domaines si particuliers, c'est qu'à la différence du rôle des contrôleurs des comptes qui est celui de spécialistes de la comptabilité, la fonction des contrôleurs de gestion exige des compétences beaucoup trop générales et des qualités d'appréciation beaucoup trop subjectives pour qu'il soit possible de régler aisément et de manière générale les garanties destinées à assurer cette compétence.

Une dernière question va permettre une nouvelle comparaison avec le régime du contrôle allemand, celle du rôle des travailleurs dans la surveillance de la gestion.

(88) Voir sur ce point Hamel et G. Lagarde : *Traité de droit commercial*, 1954, n° 642, p. 765 et suiv., et la jurisprudence citée.

(89) Cf. sur ce point, Hamel et G. Lagarde, *op. cit.*, n°s 638 et 639, p. 761 et 762. — J. et E. Escarra et J. Rault, *op. cit.*, n°s 1398 et suiv., p. 63 et suiv.

(90) Hamel et G. Lagarde, *op. cit.*, n° 118, p. 135 et n° 638, p. 661.

Section IV. — La participation des travailleurs au contrôle de la gestion

§ 1. — LES COMITES D'ENTREPRISE

249. — C'est essentiellement au niveau de l'entreprise et non de la société que la loi a organisé cette participation des travailleurs à la surveillance de la gestion.

La représentation des travailleurs a été organisée en France par l'ordonnance du 22 février 1945 modifiée par la loi du 16 mai 1946 (91). Le comité d'entreprise est obligatoire dans les entreprises occupant au moins cinquante salariés d'une manière habituelle. Il est doté de la personnalité morale (92) et se trouve composé de représentants élus du personnel, lequel est divisé en deux catégories, l'une comprenant le personnel de maîtrise, l'autre les ouvriers et les employés, les deux collègues votant séparément. Le nombre des membres du comité d'entreprise est fixé en proportion du nombre des salariés (93).

Les attributions du comité d'entreprise sont extrêmement diverses : attributions d'ordre économique, social ou technique.

250. — Dans les sociétés anonymes, le comité d'entreprise est doté de prérogatives particulièrement importantes. Il exerce « un véritable contrôle sur la gestion de la société » (94).

Ce droit de contrôle est assuré :

— par l'exercice d'un droit de communication portant sur le bilan, le compte de pertes et profits et le rapport des commissaires, avant leur présentation à l'assemblée générale, ainsi que sur les autres documents qui seraient soumis à l'assemblée (95) ;

— par la possibilité de convoquer les commissaires aux comptes et de leur demander toutes explications utiles ;

— par le droit de se faire assister d'un expert comptable et celui d'adresser des observations à l'assemblée générale (96) ;

— enfin et surtout par le droit de désigner deux délégués qui assisteront avec voix consultative à toutes les réunions du conseil d'administration.

En vertu de l'article 3, § 8 de l'ordonnance du 22 février

(91) Ainsi que par les lois du 7-7-1947, 12-8-1950, 10-1-54 et 26-2-1958.

(92) Décret du 2-11-1945, article 1^{er}.

(93) J. et E. Escarra et J. Rault, n° 1463, p. 150, note 1.

(94) P. Van Ommeslaghe, *op. cit.*, n° 162, p. 293.

(95) Cf. D. Bastian : La communication aux comités d'entreprise de renseignements d'ordre financier. *Journal des Sociétés*, 1948, p. 329.

(96) J. et E. Escarra et J. Rault, *op. cit.*, n° 1463, p. 150, note 1.

1945 (97), « deux membres du comité d'entreprise, délégués par le comité et appartenant l'un à la catégorie des cadres et de la maîtrise, l'autre à la catégorie des employés et ouvriers, assisteront, avec voix consultative, à toutes les séances du conseil d'administration ».

Cette dernière prérogative constitue une des manifestations les plus importantes du pouvoir de contrôle ainsi conféré au comité d'entreprise (98).

251. — Il semble ainsi que, comme en Allemagne, le législateur français ait jugé utile, sous la pression d'impératifs économiques et sociaux, de faire participer les travailleurs au contrôle de la gestion de la société.

Une remarque s'impose à ce stade de notre analyse : la prérogative principale accordée au comité d'entreprise pour lui permettre d'exercer ce pouvoir de contrôle a été la possibilité, pour lui, de faire participer deux délégués aux séances du conseil d'administration. C'est donc encore une fois par le biais de ce conseil et d'une participation à ses délibérations que le législateur a entendu permettre aux comités d'entreprise d'exercer leurs pouvoirs de surveillance (99).

Certes, le législateur français n'est pas allé aussi loin dans cette voie que son voisin allemand ; il n'a permis aux comités d'entreprise que d'envoyer deux délégués aux séances du conseil avec seulement voix consultative et n'a pas intégré directement dans la composition du conseil des représentants des travailleurs.

Cette nouvelle étape est franchie par l'avant-projet de loi portant réforme des sociétés.

§ 2. — L'AVANT-PROJET DE LOI PORTANT REFORME DU DROIT DES SOCIÉTÉS

252. — L'avant-projet gouvernemental s'inspire, en effet, directement des lois allemandes sur la cogestion en ce qui concerne le rôle du personnel de l'entreprise dans le contrôle de la gestion (100). Selon ce texte en effet, les sociétés anonymes occupant plus de cinquante salariés auraient la faculté de confier un quart des mandats d'administrateur à des salariés élus par le personnel, représentation salariale qui pourrait être rendue obligatoire par décret dans certaines sociétés (101).

Cette solution a fait l'objet de certaines critiques. Certains

(97) Rédaction Loi du 16 mai 1946.

(98) Hamel et G. Lagarde, *op. cit.*, n° 649, p. 775.

(99) Cf. Jurisclasseur des sociétés anonymes (*Collection du chef d'entreprise*), fasc. 2260, n°s 24 et suivants.

(100) Voir sur ce point Jean Burgard : Conseil d'administration et comité d'entreprise. *Revue Service direction*, 1961, p. 179.

(101) Jean Burgard, *op. cit.*, p. 180.

auteurs (102) ont reproché à l'avant-projet de s'être trop inspiré du régime allemand et de négliger la législation sur les comités d'entreprise.

Certes, comme on l'a fait observer (103), ce n'est que l'accès du conseil de surveillance, c'est-à-dire de l'organe de contrôle par excellence, qui a été ouvert aux travailleurs allemands, mais ce n'est pas à notre sens une raison suffisante pour écarter les travailleurs du conseil d'administration.

Au contraire, il nous semble que l'avant-projet qui, pour assurer la participation des travailleurs au contrôle de la gestion, les a autorisés — d'une manière d'ailleurs encore très limitée — à participer au conseil d'administration, s'inspire du rôle réel exercé le plus souvent par le conseil d'administration : le contrôle de la gestion du président-directeur général.

(102) Jean Burgard, *op. cit.*, p. 181.

(103) Jean Burgard, *op. cit.*

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

253. — Aux termes de cet examen, il apparaît que la plupart des pays considérés reconnaissent la nécessité de doubler le contrôle comptable d'une surveillance de la gestion sociale.

Les modalités de ce nouveau contrôle sont variables ; pour certains — Belgique, Luxembourg, Italie, Pays-Bas —, la fonction de contrôle de la gestion est dévolue à ceux-là mêmes qui sont investis de la fonction de contrôle des comptes, les contrôleurs « cumulant » le double rôle de vérification et de surveillance ; pour d'autres — Allemagne —, le contrôle de la gestion est fondamentalement distinct du contrôle des comptes ; il est confié à un organisme spécial (Aufsichtsrat) alors que le contrôle comptable appartient aux Wirtschaftsprüfer.

Le régime français apparaît sur ce point original ; il n'a en apparence pas prévu de contrôle de la gestion ; les commissaires n'ont qu'un rôle strictement comptable ; le conseil n'est investi que de pouvoirs d'administration.

Cependant, il repose sur une distinction théorique fondamentale, celle de l'administration et de la direction, et l'évolution que nous avons relatée a montré que de plus en plus cette absence de contrôle de la gestion n'était qu'apparence et que le rôle réel du conseil d'administration était beaucoup plus proche qu'il ne semblait au premier abord du conseil de surveillance allemand, d'autant que ce dernier participe pour une part à certains actes de gestion au sein de la société allemande.

En présence de ces solutions diverses, il importe de tenter un effort de synthèse et de rechercher des solutions possibles.

TITRE II

SOLUTIONS PROPOSÉES

254. — L'observation préalable que nous avons formulée, selon laquelle les différences entre les six pays relatives au contrôle de la gestion se situaient non plus au niveau des modalités mais à celui du principe même (1), commandera évidemment notre recherche de solutions.

Il nous faudra nous demander successivement :

— si le contrôle des comptes est suffisant pour assurer la protection des intérêts en présence ou s'il doit se doubler d'une surveillance de la gestion sociale ;

— dans l'affirmative, si cette mission de surveillance de la gestion peut être conférée aux contrôleurs des comptes ou si elle doit être dévolue à un organe particulier, au besoin à créer spécialement à cet effet.

(1) Voir *supra*, p. 142.

CHAPITRE I

DE L'OPPORTUNITÉ D'UN CONTROLE DE LA GESTION

255. — Les impératifs en présence, ainsi que nous l'avons vu, sont au nombre de deux : assurer la protection des actionnaires d'une part et celle des créanciers sociaux de l'autre, contre les abus possibles des dirigeants sociaux.

Eu égard à ces deux impératifs, la question est celle de savoir si la protection de ces deux intérêts est suffisamment assurée par la seule vérification des comptes sociaux.

Dans l'ensemble des pays considérés, la société anonyme était à l'origine un contrat. Les rapports juridiques entre les différents pouvoirs de la société se trouvaient régis essentiellement par les règles du mandat. Dans cette conception, le véritable contrôleur, au sens large de la gestion, se trouvait être l'assemblée générale des actionnaires.

Mais une évolution s'est produite à des degrés divers dans la plupart des pays considérés au terme de laquelle les rapports contractuels sont impuissants à expliquer le fonctionnement de la société. Le législateur allemand semble être allé plus loin en consacrant l'idée que la société anonyme n'était plus administrée par des mandataires, directs ou substitués des actionnaires, mais par de véritables organes, tirant leurs pouvoirs non du contrat mais de la loi.

A l'opposé, la législation hollandaise de la société anonyme reste encore très largement marquée par l'empreinte contractuelle.

Entre ces deux extrêmes, les autres pays du Marché commun attestent tous une évolution, bien que les lois belges et luxembourgeoises traduisent encore une certaine confusion entre le rôle de mandataire et d'organe dévolu aux contrôleurs.

En France, la jurisprudence s'est substituée au législateur ; malgré les termes mêmes de la loi qui qualifiait les administrateurs et les commissaires de « mandataires » (1), le célèbre arrêt Motte (2) a consacré, semble-t-il, la théorie de l'organe.

(1) Loi du 24-7-1867, art. 22 et art 32, modifié par le décret-loi du 31-8-1937.

(2) Cf. *supra*, p. 231.

C'est à la lumière de cette évolution qu'il nous faut examiner l'opportunité d'un contrôle de la gestion sociale au regard, d'une part de l'existence d'un contrôle de la comptabilité sociale et, d'autre part, de la transformation progressive qui s'est produite dans la plupart des pays considérés en ce qui concerne le rôle réel de l'assemblée générale au sein de la société anonyme.

Section I. — L'insuffisance du contrôle purement comptable

256. — a) « L'existence dans la société par actions d'un organisme permanent chargé de contrôler la gestion des dirigeants sociaux est une nécessité pratique impérieuse » (3).

Cette nécessité d'un contrôle efficace est d'autant plus importante que les pouvoirs de gestion se trouvent concentrés entre les mains de quelques hommes ou *a fortiori* d'un seul. Or, précisément, la forme juridique des sociétés par actions aboutit à concentrer fortement les pouvoirs de direction, concentration qui tend d'ailleurs à s'accroître ; on citera pour témoin la loi allemande du 30 janvier 1937 et la loi française du 16 novembre 1940.

En présence de cette importante concentration de pouvoirs, la simple mise en jeu de la responsabilité des organes de direction n'est pas suffisante pour assurer la protection des intérêts en présence, même si les principes régissant cette responsabilité sont rigoureux.

Il est indispensable de protéger de façon efficace les actionnaires et les créanciers sociaux contre les abus des dirigeants par l'institution d'un contrôle sérieux.

257. — b) Or, ainsi que nous l'avons vu, le contrôle des comptes, même s'il se trouve assorti de garanties relatives notamment au choix des contrôleurs, se trouve circonscrit dans un domaine extrêmement limité.

D'ailleurs, si cette limitation a permis d'organiser des garanties techniques et notamment de compétence des contrôleurs, on doit considérer à l'inverse que : « plus les garanties techniques exigées en matière de vérification des comptes seront grandes, plus la mission des vérificateurs devra être circonscrite au domaine de cette technique » (4).

Nous avons vu dans la première partie quelles étaient les

(3) R. Granger : La nature juridique des rapports entre actionnaires et commissaires chargés du contrôle dans les sociétés par actions. Paris, 1950, n° 298, p. 357.

(4) Congrès international pour la création d'une société commerciale de type européen, *op. cit.*, p. 44.

frontières de la fonction de contrôle comptable. Cette fonction consiste essentiellement à vérifier l'exactitude arithmétique des comptes, c'est-à-dire d'une part la concordance des différents chiffres, notamment entre les comptes définitifs et les livres auxiliaires, et d'autre part l'exactitude matérielle de ces comptes, c'est-à-dire le fait que les chiffres figurant sur les différents livres correspondent bien à la situation réelle de la société.

Mais cette vérification comptable trouve son efficacité singulièrement limitée à la fois en ce qui concerne les actes qui peuvent être affectés par ce contrôle et le moment auquel se situe un pareil contrôle.

§ 1. — LE CONTROLE COMPTABLE NE PERMET QUE DE VERIFIER LA REGULARITE DE CERTAINS ACTES DE LA DIRECTION

258. — Elle n'est en effet qu'une vérification de l'exactitude des comptes ; autrement dit, elle permet d'apprécier la régularité de ces comptes, elle permet de déceler certaines fraudes consistant par exemple en une surévaluation ou une sous-évaluation de certains postes, et dans cette mesure elle peut servir d'instrument extrêmement utile à un contrôle beaucoup plus large, mais elle ne permet ni d'apprécier la régularité de tous les actes de la direction ni l'opportunité des décisions de la direction.

Autrement dit, il suffit que la direction présente de manière régulière des comptes exacts représentant la situation réelle de la société pour qu'elle se trouve à couvert au regard du contrôle purement comptable. Les contrôleurs des comptes ne se préoccupent en aucune façon de « rechercher si la gestion est conforme aux intérêts de la société » (5).

Cette insuffisance se trouve encore plus marquante en ce qui concerne l'efficacité dans le temps d'un tel contrôle.

§ 2. — LA VERIFICATION COMPTABLE N'EST QU'UNE VERIFICATION « A POSTERIORI »

259. — Les comptes sociaux et notamment le bilan ne sont en effet, selon la terminologie consacrée, que la « photographie économique et financière » de la situation de la société (6) à un moment donné. Le contrôle des comptes ne peut donc porter que sur les actes qui sont traduits par cette « photographie » et qui, bien entendu, sont des actes passés. C'est un contrôle *a posteriori*.

(5) Cf. A. Tamboise : Des moyens juridiques pour assurer la stabilité du contrôle dans les sociétés anonymes ou la défense des sociétés anonymes contre les immixtions étrangères indésirables. Thèse Lille, 1929.

(6) Depallens G. : *Théorie et pratique de la gestion financière de l'entreprise*, 2^e éd., 1963, p. 1.

Énoncer cette proposition, c'est énoncer l'insuffisance d'un tel contrôle ; il ne peut être préventif, il ne permet pas d'empêcher certaines fraudes par le biais d'une « autorisation préalable » ; en outre, il ne s'exerce pas sur les éléments dynamiques que constituent la gestion commerciale, la gestion industrielle ou la gestion financière de la société.

Pour assurer la sauvegarde des intérêts en présence, la vérification comptable doit donc se doubler d'un autre contrôle.

L'assemblée générale des actionnaires est-elle en mesure de l'exercer ?

Section II. — De l'effacement à l'exclusion du contrôle exercé par l'assemblée générale

260. — C'est en effet dans la conception contractuelle à l'assemblée générale qu'appartient le contrôle de la gestion des dirigeants.

Mais dans tous les pays de l'Europe des Six, une évolution profonde s'est produite à ce sujet, évolution en rapport d'ailleurs avec la transformation progressive de la nature juridique de la société anonyme. Cette évolution se traduit par un effacement progressif des pouvoirs effectifs de l'assemblée générale ; nous en avons vu un exemple particulier en relatant l'évolution historique de la législation française à cet égard sous l'impulsion des faits (7) ; nous en avons vu une autre manifestation dans le régime allemand.

La tendance est valable dans tous les pays bien qu'à des stades divers, de sorte qu'il serait vain et dangereux de considérer encore l'assemblée comme l'origine souverain de la société par actions : « Les observations que l'on peut faire dans les différents pays concernant le rôle réel des assemblées générales « doivent être prises en considération par le législateur, qui ne « peut persister à affirmer que l'assemblée constitue un organe « souverain susceptible d'exercer tous les pouvoirs... Une construction juridique fondée sur un postulat inexact en fait ne « peut être que mal adaptée aux réalités » (8). Cette évolution dont les raisons ont été signalées par de nombreux auteurs aboutit à son terme à une véritable exclusion de l'assemblée générale dans le contrôle proprement dit.

Cette assemblée « n'est pas outillée pour intervenir dans l'administration, que ce soit pour accomplir des actes de gestion « ou même pour contrôler celle-ci d'une manière suivie » (9).

Dès lors, compte tenu de cette évolution qu'il serait vain de

(7) Voir *supra*, p. 189.

(8) P. Van Ommeslaghe, *op. cit.*, n° 285, p. 470.

(9) P. Van Ommeslaghe, *op. cit.*, n° 286, p. 470.

nier et qui est irréversible, on ne peut espérer établir un équilibre au sein de la société en comptant sur l'assemblée générale pour réaliser le contrepoids nécessaire aux pouvoirs des dirigeants sociaux.

261. — Ce ne sont d'ailleurs que les conséquences de cette situation de fait que le législateur français a tirées en 1943, dans un domaine particulier, en modifiant l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867, et en substituant à l'autorisation préalable de l'assemblée générale sur les conventions entre la société et l'un de ses administrateurs celle du conseil d'administration.

Mais alors, si la vérification purement comptable est insuffisante pour assurer la protection des intérêts en présence, et si le contrôle exercé théoriquement par l'assemblée générale est devenu illusoire, il devient nécessaire de remplacer l'assemblée dans cette fonction de contrôle de gestion.

Cette mission de surveillance de la gestion sociale peut-elle être confiée aux contrôleurs comptables ou nécessite-t-elle la création d'un organe spécial à ce destiné ?

C'est le deuxième stade de notre recherche.

CHAPITRE II

DE L'OPPORTUNITÉ DE LA DÉSIGNATION DE CONTROLEURS DE LA GESTION DISTINCTS DES CONTROLEURS DES COMPTES

262. — Pour déterminer, dans la première phase de notre analyse, s'il était nécessaire de doubler le contrôle purement comptable d'un contrôle de la gestion sociale, nous sommes partis de l'examen des impératifs en présence.

C'est à une méthode similaire que nous aurons recours pour savoir si le contrôle de la gestion qui, nous l'avons vu, s'avère indispensable, peut être confié aux vérificateurs des comptes.

A partir des objectifs respectifs du contrôle des comptes et du contrôle de la gestion, il nous faudra rechercher si les méthodes techniques utilisées pour atteindre ces objectifs sont fondamentalement différentes et si ces différences impliquent que des qualités particulières, notamment sur le plan de la compétence, soient requises respectivement des contrôleurs des comptes et des contrôleurs de la gestion.

Section I. — La spécialité du contrôle des comptes par rapport au contrôle de la gestion

263. — Les recherches qui nous ont conduit à admettre l'impérieuse nécessité au sein de la société anonyme d'un contrôle de la gestion sociale nous ont permis de dégager que les objectifs d'un tel contrôle, relatifs à l'opportunité des décisions concernant la politique générale de l'entreprise tant sur le plan industriel que sur le plan commercial, administratif et financier, étaient profondément différents de la vérification de la régularité de la présentation et de l'exactitude des comptes à laquelle tend exclusivement le contrôle comptable. Enoncer ces buts, c'est en

même temps présumer de l'existence de techniques propres à chacune des deux fonctions.

§ 1. — LES TECHNIQUES DU CONTROLE DES COMPTES

264. — La base de travail des censeurs de la comptabilité est évidemment constituée par l'ensemble des documents comptables de la société. A partir de ces documents, les contrôleurs pourront vérifier la régularité des comptes eux-mêmes et notamment la concordance entre les chiffres figurant sur les différentes pièces. Mais les contrôleurs devront également vérifier l'exactitude matérielle des comptes devront contrôler la correspondance des chiffres avec la situation réelle de la société ; pour ce faire, ils procéderont par exemple par sondages aux différents stades des opérations sociales ; ils effectueront notamment la vérification des stocks, s'assureront que la marchandise débitée aux clients ou non créditée aux fournisseurs à la date de la clôture de l'exercice n'est pas comprise dans l'inventaire.

C'est dire que les techniques utilisées par les contrôleurs des comptes sont essentiellement des techniques objectives presque mathématiques. C'est à des méthodes tout à fait différentes qu'auront recours les contrôleurs de la gestion.

§ 2. — LES TECHNIQUES DU CONTROLE DE LA GESTION

265. — Ces techniques se caractérisent par leur extrême diversité, laquelle tient d'ailleurs à la diversité de l'objet même de ce contrôle. Chacun des aspects du contrôle de la gestion exige des méthodes de surveillance particulières. S'agit-il d'apprécier l'opportunité des achats et ventes d'une campagne publicitaire et du choix des méthodes de publicité, les techniques des contrôleurs seront celles de la gestion commerciale ; s'agit-il d'apprécier la gestion industrielle de l'entreprise, les contrôleurs auront recours à des méthodes propres à cette discipline : comparaison de coûts, méthode des sections autonomes ; s'agit-il d'apprécier l'opportunité de certaines mesures d'ordre financier, les contrôleurs utiliseront certes les résultats du contrôle comptable mais les dépasseront pour faire une étude cinétique de l'évolution de bilans successifs et utiliseront là encore des techniques particulières telle la méthode du tableau de bord, ou du direct costing.

C'est dire que la fonction de contrôle de gestion et celle de contrôle des comptes apparaissent autonomes.

De cette spécialité du contrôle des comptes par rapport au contrôle de la gestion, doit-on induire une spécialité des qualités exigées des contrôleurs dans chacune des deux branches du contrôle ?

Section II. — De la spécialité des fonctions à la spécialité des compétences

266. — Le simple énoncé des différences existant entre les techniques auxquelles font appel les deux sortes de contrôle préjuge déjà de l'existence de différences profondes sur le plan des compétences à exiger des contrôleurs.

Les contrôleurs des comptes n'ont en effet pour mission que de rechercher si les comptes sont honnêtement établis, si les estimations sont exactes, si les bénéfices sont réels. Pour ce faire, ils recourent aux techniques purement comptables que nous avons examinées.

Leur compétence doit donc être celle de *vérificateurs des comptes* ; c'est dire que les garanties nécessaires dans le choix de ces contrôleurs peuvent être trouvées dans l'exigence de diplômes comptables particuliers, dans une organisation professionnelle adéquate et dans une formation technique rigoureuse.

La mission des contrôleurs de la gestion étant toute différente, par corollaire toutes différentes devront être les garanties de compétence que l'on pourrait exiger d'eux. La diversité de l'objet de la gestion sociale et des techniques nécessaires pour organiser et parallèlement pour surveiller cette gestion implique de la part du contrôleur idéal un très large éventail de connaissances dans des domaines que nous avons déjà énumérés : technique, commercial, industriel, financier ou administratif.

267. — Mais au-delà de ces différences de compétence technique, c'est la nature même du contrôle de la gestion qui diffère du contrôle des comptes et qui implique une différence encore plus profonde sur le plan des compétences exigées des contrôleurs. La surveillance que doit exercer le contrôleur de la gestion est en effet autre chose qu'une simple vérification mathématique, c'est une surveillance sur les fautes qui ont pu être commises par la direction dans la gestion de la société. Cette conception implique dès lors une part importante de subjectivité.

Certes, les techniques de gestion commerciale, technique, financière, industrielle ou administrative se perfectionnent de plus en plus et le développement de ces sciences se traduit par la mise en évidence d'un certain nombre de normes ; mais malgré cela, la vie des affaires implique des choix personnels et ce que l'on peut exiger tout au plus de la direction, c'est une sorte de gestion « en bon père de famille ». C'est dire que les aptitudes demandées à un contrôleur de la gestion sont sans doute pour une part « celles de vérificateur de comptes mais en outre celles d'*appréciateur des hommes* » (1).

(1) Thaller et Perceron : *Traité élémentaire de droit commercial*, 8^e éd., 1931, n° 678. — Cf. également *supra*, p. 180.

On ajoutera enfin que, dans la mesure où les garanties techniques exigées en matière de vérification des comptes seront de plus en plus importantes, la mission de ces vérificateurs devra de plus en plus être circonscrite au domaine de cette technique (2).

Cette idée constitue une raison supplémentaire s'il en était besoin de distinguer les contrôleurs de la gestion des contrôleurs des comptes. C'est d'ailleurs une des conclusions du congrès international pour la création d'une société commerciale de type européen : « Dans une société de type européen où il sera normal « de montrer une grande exigence à l'égard de la tenue et du « contrôle des écritures comptables, il serait inopportun que ce « rôle de vérification se confonde avec un rôle de contrôle et de « surveillance qui nécessite d'autres compétences » (3).

(2) Congrès international pour la création d'une société commerciale de type européen, *op. cit.*, p. 44.

(3) *Id.*, p. 44.

CONCLUSION DU TITRE II

268. — Nous avons vu que le principe d'un contrôle de la gestion de la direction venant doubler le contrôle comptable était nécessaire ; nous avons, compte tenu des objectifs en présence, des techniques mises en œuvre et des compétences exigées des contrôleurs, estimé que ce contrôle de la gestion devait être confié à un organe distinct des contrôleurs des comptes. Une question importante se pose alors à ce stade de notre étude ; elle a servi de pierre d'achoppement au régime du contrôle dans la plupart des pays considérés : c'est celle de la détermination des frontières entre le contrôle de la gestion proprement dit et l'immixtion dans la gestion (1). Le problème est délicat, d'autant plus que, comme nous l'avons vu, le contrôle de la gestion est beaucoup plus une appréciation de la conduite d'hommes qu'une vérification purement mathématique, ce qui implique en fait, même dans les systèmes qui s'en défendent en droit (2), une certaine ingérence dans la gestion proprement dite.

Une distinction radicale entre les deux fonctions nous paraît pratiquement impossible à opérer en fait, puisque les points de contact entre ces fonctions tiennent pour une part à la nature des choses. C'est ce qui explique que, comme nous l'avons vu, le système allemand et le système français sont sur ce point beaucoup moins opposés en fait qu'ils ne le semblent en apparence. Le législateur allemand, tout en confinant l'Aufsichtsrat dans un rôle de pure surveillance de la gestion du Vorstand et en lui défendant de s'immiscer dans cette gestion, a dû apporter des exceptions à cette règle, et l'évolution des faits a modifié le rôle réel joué par ce conseil de surveillance (3). A l'inverse, le législateur français, tout en posant le principe d'une distinction fondamentale entre la direction et l'administration de la société anonyme, a confié, au moins en théorie, une mission de gestion du conseil d'administration ; mais nous avons vu que là encore le rôle exercé en fait par ce conseil était souvent différent de celui prévu par la loi et devenait essentiellement celui d'un organe de contrôle de la gestion du président-directeur général (4).

(1) Cf. *supra*, p. 145 et 166.

(2) Voir par ex. en droit allemand, *supra*, p. 165.

(3) Cf. *supra*, p. 169.

(4) Cf. *supra*, p. 205.

La solution, à notre sens, est alors de confier la surveillance de la gestion sociale à des « administrateurs passifs » (5). Le législateur devra mettre à leur disposition des moyens d'information et des pouvoirs d'investigation qu'il n'est pas concevable de reconnaître aux actionnaires. Ces administrateurs pourront remplacer l'assemblée générale dans ses interventions relatives aux actes de gestion les plus importants, mais ils seront néanmoins des contrôleurs et il deviendra indispensable de distinguer nettement la fonction de surveillance de la fonction de gestion, qui comporte le droit d'initiative et réclame une indépendance large. Cette solution n'ira pas sans se heurter sur le terrain des réalités pratiques à des écueils, notamment d'ordre psychologique ; pour exercer leur mission de surveillance de la direction, les contrôleurs de la gestion devront en effet s'adresser au personnel de l'entreprise pour obtenir certains renseignements ; ce personnel étant sous la dépendance de la direction pourra répugner à jouer un tel rôle. Il semble à ce sujet que la participation du personnel de l'entreprise au contrôle de la gestion facilitera l'exercice d'une telle surveillance.

Cela posé, dans la mesure où nous estimons nécessaire de confier le contrôle de la gestion à un organe distinct de celui chargé du contrôle des comptes, une question subsidiaire surgit à nouveau : celle des garanties à exiger dans le choix des contrôleurs.

Les garanties relatives à l'honorabilité et à l'indépendance des contrôleurs ne soulèvent pas de questions sensiblement différentes de celles posées en matière de contrôle des comptes. Seules les garanties de compétence sont plus délicates à déterminer en matière de contrôle de gestion qu'en matière de contrôle des comptes, non seulement en raison de la diversité des techniques employées en la matière et par là même des connaissances qu'il faudrait exiger des contrôleurs, mais également, ainsi que nous l'avons vu, en raison de la nature du contrôle de la gestion qui implique l'appréciation par les contrôleurs de la conduite des hommes qu'ils sont chargés de contrôler, de sorte qu'il est difficile sur ce point de dégager des solutions de principe qui seraient applicables à toutes les sociétés, quel que soit l'objet social.

(5) P. Van Ommeslaghe, *op. cit.*, n° 285, p. 470.

CONCLUSION GÉNÉRALE

270. — La comparaison du régime du contrôle de la direction des sociétés anonymes dans les pays de l'Europe des Six nous a permis de dégager un certain nombre de remarques qui peuvent servir de base à la recherche d'enseignements pratiques.

271. — 1) La première observation qui résulte de nos recherches est la constance de certaines évolutions, qui se sont produites à des degrés divers dans la plupart des pays considérés. L'une de ces évolutions tend à éloigner les actionnaires de la marche de la société (1) ; elle se traduit partout par un effacement du rôle dévolu en fait à l'assemblée générale des actionnaires au sein de la société anonyme (2). Une autre évolution, sensible également dans tous les pays, tend à substituer progressivement aux rapports contractuels au sein de la société des relations entre organes légaux spécialisés et hiérarchisés.

Cette tendance est plus ou moins accentuée selon les pays ; elle est particulièrement notable en droit allemand ; elle n'est au contraire parvenue qu'à un stade primaire aux Pays-Bas, mais partout l'évolution générale est manifeste. Elle tient d'ailleurs à des impératifs pratiques généraux et notamment à l'accroissement de l'importance de la société anonyme dans la vie économique moderne (3). Cette importance a exigé une adaptation de leur statut juridique au rôle considérable qu'elles doivent jouer, adaptation qui s'est traduite par une évolution du droit qui leur est applicable et notamment par un transfert de ce droit du cadre contractuel vers un cadre institutionnel (4).

La première conclusion pratique qui se dégage de cette double idée est qu'il serait vain de vouloir aller à l'encontre de ces évolutions profondes et constantes. Spécialement, s'agissant du contrôle de la direction, il serait vain de compter sur : « un hypothétique « réveil » des actionnaires » (5) et de rechercher

(1) Cf. *supra*, p. 25.

(2) Le projet de réforme du droit des sociétés en Allemagne ne réagit que très modérément contre cette tendance (Cf. sur ce point E. Cerexhe, *op. cit.*, p. 421 et suiv.).

(3) Ripert : *Aspects juridiques du capitalisme moderne*.

(4) André Amiaud : L'évolution des sociétés par actions. *Mélanges* (Etudes offertes à G. Ripert), t. II, p. 287.

(5) P. Van Ommeslaghe, *op. cit.*, p. 566.

une réforme dans le sens d'un accroissement du rôle de l'assemblée générale. On ne saurait espérer établir un équilibre harmonieux dans le fonctionnement de la société en comptant sur l'assemblée générale pour réaliser un contrepoids aux pouvoirs importants des dirigeants sociaux (6).

272. — 2) La seconde observation qui apparaît à la lumière de la comparaison découle également de l'influence des besoins pratiques et du large développement des sociétés anonymes. La forme juridique de ces sociétés a été adoptée dans de très nombreux cas et dans des situations souvent extrêmement diverses ; de sorte qu'il apparaît nécessaire pour qui tente de proposer une réforme de tenir compte de cette diversité de situations et d'opérer si possible une distinction selon l'importance de ces sociétés.

Nous avons vu, tout au long de notre étude, que certains des pays européens avaient réservé la forme juridique de la société anonyme aux sociétés possédant un capital relativement important (7), que d'autres tout en permettant aux sociétés de moindre importance d'adopter ce cadre juridique, avaient prévu certaines garanties particulières, précisément en matière de contrôle, pour les sociétés faisant appel à l'épargne publique (8).

L'enseignement pratique qui découle de cette seconde observation est que, quel que soit le critère adopté pour opérer une distinction entre les sociétés anonymes, le principe de cette distinction s'avère nécessaire dans la mesure où cette forme juridique n'est pas limitée aux sociétés d'une certaine importance. Autrement dit, une réforme du contrôle des sociétés anonymes en France ou la création d'un système de sociétés de type européen devrait, à notre sens, s'édifier sur la base d'une distinction des sociétés dont l'importance économique commande des précautions particulières et des petites sociétés dans lesquelles une plus grande liberté pourrait être laissée aux actionnaires (9).

Il existe d'ailleurs un point de contact entre les deux observations que nous venons de formuler, qui vient confronter le principe de la nécessité d'une telle distinction ; c'est que, dans tous les pays, l'affaiblissement de la conception contractuelle est beaucoup plus sensible dans les grandes sociétés que dans les sociétés de faible importance où le rôle des actionnaires est encore relativement marquant.

C'est dans le sens de la distinction proposée que s'oriente d'ailleurs l'avant-projet de loi portant réforme du droit des sociétés en France (10).

273. — 3) En ce qui concerne le plan strictement français, l'enseignement principal du droit comparé se traduit par la

(6) En ce sens, P. Van Ommeslaghe, *op. cit.*

(7) C'est le cas de l'Allemagne et dans une certaine mesure de l'Italie.

(8) C'est le cas de la France et de la Belgique. Cf. *supra*, p. 89.

(9) R. Granger, *op. cit.*, n° 298, p. 358.

(10) Cf. *supra*, p. 28.

nécessité d'une codification du droit des sociétés anonymes. Cette codification a été réalisée de manière particulièrement nette par le législateur italien qui a intégré le droit des sociétés anonymes dans le Code civil, mais également par les législateurs britannique et allemand qui ont établi des textes généraux régissant la matière. Cet impératif de codification est d'ailleurs commandé par les besoins de la pratique qui ne peut se satisfaire de l'éparpillement des textes régissant les sociétés anonymes en droit français, et par l'idée que très souvent, faute de précisions, les sociétés parviennent relativement aisément à tourner la loi.

A côté de cette nécessaire codification, une autre idée apparaît à la lumière des enseignements du droit comparé : c'est la nécessité pour le législateur, qu'il soit national ou européen, de déterminer avec autant de précision que possible l'étendue des pouvoirs respectifs des organes de la société anonyme. A cet égard, il apparaît que seul le droit allemand ait opéré une répartition rigoureuse des compétences, mais il apparaît que dans la plupart des cas c'est l'imprécision dans la répartition des attributions qui est la cause la plus importante de l'insécurité.

274. — 4) En ce qui concerne spécialement le contrôle de la direction, nous avons vu qu'il serait vain d'aller à contre-courant de l'évolution qui tend à réduire le rôle de l'assemblée générale. Un contrôle de la gestion sociale s'est cependant avéré nécessaire eu égard aux impératifs en présence, à côté de la vérification purement comptable. Ce contrôle pourrait être confié à une autorité étrangère à la société ; mais de tels contrôles, s'ils peuvent être efficaces dans des domaines limités et précis, supposent la mise en place de mécanismes administratifs lourds et complexes et leur généralisation présenterait des inconvénients et des dangers que l'on a souvent dénoncés (11).

Nous avons vu, par ailleurs, qu'il n'était pas opportun de confier ce rôle de surveillance de la gestion aux vérificateurs des comptes. Il est donc souhaitable qu'un organe propre soit chargé, au sein même de la société anonyme, du contrôle de la gestion sociale. Cette fonction de contrôle devra s'entendre non d'un contrôle technique, mais d'une surveillance de la gestion et également de directives concernant la politique générale de l'entreprise.

275. — L'équilibre des intérêts en présence ne résultera plus alors du contrat ou d'une assemblée générale souveraine en théorie seulement, mais de la loi.

En outre, on pourra espérer qu'à l'image du modèle britannique, une évolution plus profonde encore s'opère dans la conception générale du rôle des contrôleurs. A l'origine, le contrôle est justifié par la protection nécessaire des actionnaires et des créanciers sociaux contre les abus possibles des dirigeants de la

(11) Cf. sur ce point, P. Van Ommeslaghe, *op. cit.*, p. 570.

société anonyme. Dans cette optique, le contrôle est un contre-poids, un frein, aux pouvoirs de la direction. En Grande-Bretagne, les qualités, et notamment la compétence, des contrôleurs ont permis de transformer cette optique ; les dirigeants anglais ont compris tout l'intérêt qu'ils avaient à retirer du contrôle d'un spécialiste compétent pour les conseiller dans certaines questions délicates (12).

L'évolution est, dans ce pays, parvenue à son terme ; le contrôleur n'est plus un frein, s'opposant systématiquement au dynamisme social ; il devient au contraire un conseiller de la direction en évitant des fautes qui pourraient être commises dans la gestion sociale, tout en défendant au maximum les intérêts des actionnaires et des créanciers sociaux. C'est à ce stade que l'équilibre est véritablement obtenu.

Mais cela suppose beaucoup plus que des réformes législatives : une transformation profonde dans la mentalité des dirigeants et des contrôleurs.

(12) Cf. sur ce point, Serge Blind, *op. cit.*, p. 103 .

BIBLIOGRAPHIE

I. — DROIT COMPARÉ EUROPÉEN

A. — Ouvrages généraux

- ARMINJON, NOLDE et WOLFE : *Traité de Droit comparé*, 1950.
- LÉON BIENAIMÉ et PIERRE BAUDOUIN-BUGNET : *Code des sociétés anonymes en Europe*, 1938.
- J. ESCARRA : *Cours de droit commercial complémentaire*. Licence 3^e année, 1954-55.
- EDOUARD FOLLIET : *Le contrôleur dans les sociétés anonymes*. Genève, 1957.
- JURISCLASSEUR DE DROIT COMPARÉ (Rédacteur en chef : Berthold GOLDMAN).
- GUTTERIDGE comparative law : Trad. française sous la direction de R. DAVID.
- Recueils pratiques du droit des affaires dans les pays du Marché commun.
- Tome I, Régime des sociétés. Paris, Collection Jupiter.
- PIERRE VAN OMMESELAERE : *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*. Bruxelles, 1960. Préface J. VAN RYN.
- SOLA CANIZARES : *La constitution de la société par actions en droit comparé*, 1959.
- JACQUES VAN WYNENDAELE et HIPPOLYTE WOUTERS : *Le droit des sociétés anonymes dans les pays de la communauté économique européenne*. Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1961.

B. — Articles relatifs à la Société de type européen

- Congrès International pour la création d'une société commerciale de type européen. 16-17-18 juin 1960. Palais de Justice Paris. Revue du Marché commun, Supplément n° 27, juillet-août 1960.
- JEAN CHEVALLIER : Pour une société par actions de type européen. Banque, 1960, 4 et 5.
- NICOLAS JACOB : Pour ou contre la création d'une société commerciale de type européen. La Vie judiciaire, 20-25 juin 1960.
- ROGER-ADOLPHE LACAN : Pour la création d'une société anonyme de type européen. Caractéristiques essentielles des sociétés anonymes dans les Six pays de la Communauté Economique Européenne.
- JEAN RAULT : Pour la création d'une société commerciale de type européen. Revue trimestrielle de droit commercial, 1960, p. 471.
- PIERRE SANDERS : Vers une société anonyme européenne ? Le Droit européen, 1960, p. 9.
- LUCIE WILLEMETZ : Une société de type européen. Le Droit européen, 1959, p. 631.

II. — FRANCE

A. — Ouvrages généraux

- A. DALSACE : *Manuel des sociétés anonymes*. Paris, 1959 (mis à jour en 1960).
- G. DEPALLENS : *Théorie et pratique de la gestion financière de l'entreprise*. 2^e édition, 1963.

- J. ESCARRA et J. RAULT : Les sociétés commerciales. Tome IV.
 F. GORÉ : La société anonyme. Paris, Sirey, 1959.
 J. HAMEL et G. LAGARDE : Traité de droit commercial. Tome I.
 A. JOLY : Dictionnaire des sociétés anonymes. Paris, 1954.
 G. MARTY et Pierre RAYNAUD : Droit civil. Tome I, Sirey, 1956.
 RIPERT : Traité élémentaire de droit commercial. Tome I. 4^e édition, avec le concours de P. DURAND et R. ROBLOT. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1959.
 — Aspects juridiques du capitalisme moderne.
 Jurisclasseur des sociétés anonymes. Collection du chef d'entreprise.

B. — Ouvrages spéciaux et Thèses

- Claude BERR : L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales, 1961.
 BIZOT-ESPIARD : Etude de l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867. Thèse Paris, 1945.
 Jacques BOUTERON : Origines et évolution du contrôle exercé par les commissaires des sociétés, 1953.
 Jean BURGARD : Conseil d'administration et comité d'entreprise. Revue Service Direction, 1961, p. 179.
 Louis CZULOWSKI : La notion de direction dans les sociétés anonymes. Thèse, 1943.
 A. DALSACE : Evolution du contrôle des sociétés anonymes en France. Revue des Sociétés, 1953, p. 120.
 FOLLIET : Le contrôleur dans les sociétés anonymes, 1957.
 Roger GRANGER : La nature juridique des rapports entre actionnaires et commissaires chargés du contrôle dans les sociétés par actions. Paris, 1952. Préface Hamel.
 J. HÉMARDE : La réforme du droit des sociétés anonymes. Cours spécial de Doctorat, 1961-62 (non publié).
 Jack JENNY : Le droit de contrôle de l'actionnaire. Thèse dactylographiée. Paris, 1953.
 G. LAGARDE : Le statut des commissaires dans les sociétés par actions, 1936 (Publication de l'A. N. S. A.).
 J. LISBONNE : Les commissaires de surveillance dans les sociétés anonymes. Paris, 1936. Préface Ripert.
 MASSON : Le contrôle des sociétés anonymes, 1937 (Etudes pratiques de droit commercial).
 MASSON et BARBUT : Manuel théorique et pratique des commissaires aux comptes, 1937.
 J. NOIREL : Les tendances modernes de la jurisprudence en matière de sociétés anonymes. Thèse, Nancy, 1957.
 J. RENARD : La répartition des pouvoirs entre les organes de la société anonyme, 1958.
 Ph. SIMON : L'aspect institutionnel de l'article 40 de la loi du 2 juillet 1967 (1944).
 H. SOLUS : La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1935 et 1937 (1938).
 Guy VERNON : Le Président-directeur général dans les sociétés anonymes. Ses obligations, ses droits, 1958.
 D. VEAUX : La responsabilité personnelle des dirigeants dans les sociétés commerciales, 1947.
 Avant-projet de loi sur la réforme des sociétés commerciales (Commission Amiaud).
 Rapport de la commission chargée de l'examen du projet de réforme du droit des sociétés. Texte proposé par la Commission PLEVEN.

C. — Notes et Articles

- D. BASTIAN : Répartition des pouvoirs entre le conseil d'administration et le Président-directeur général. Note sous Cap., Angers, 7 décembre 1949. J. C. P., 1950, II, n° 5548.

- D. BASTIAN : Le comité d'entreprise dans les sociétés anonymes. *Journal des Sociétés*, 1948, p. 329.
- La communication aux comités d'entreprise de renseignements d'ordre financier. *Journal des Sociétés*, 1948, p. 329.
- BOSVIEUX : Commentaire de la loi du 16 novembre 1940. *Journal des Notaires*, 1940, p. 817.
- CORDONNIER : La loi du 16 novembre 1940 (commentaire). *D. C.*, 1941, L I.
- Henri DECUIS : La révocabilité « ad nutum » des commissaires aux comptes. *Journal des Sociétés*, 1944. *Doctrine*, p. 1.
- R. ESMEIN : L'organisation de la direction générale des sociétés. *G. P.*, 1941, I, *Doctrine*, p. 145.
- F. GORÉ : L'affaire du C. N. L. et les délits relatifs à l'administration des sociétés. *J. C. P.* 1964, *Doctr.* 1855.
- HAMEL : Le rapport spécial des commissaires en application de l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867. *G. P.*, 1944, I, *Doctrine*, p. 41.
- Les pouvoirs du Président et du Conseil d'administration des sociétés anonymes. *G. P.*, 1943, *Doctrine*, p. 59.
- Sur la responsabilité individuelle et solidaire des membres des conseils d'administration. *Revue des Sociétés*, p. 132.
- Note sous arrêt C. cass. Ch. Requêtes, 1^{er} décembre 1931. *D. P.* 1933, I, 89.
- G. LAGARDE : Commentaire de la loi du 16 novembre 1940. *Sirey*, 1941. *Législation*, p. 653.
- De la société anonyme à l'entreprise publique dans le droit privé français au milieu du xx^e siècle. Tome II, p. 319.
- Note sous arrêt C. ap. Douai, 11 juillet 1957. *D.* 1957, p. 715.
- J. MICHEL : Commentaire de la loi du 16 novembre 1940. *G. P.*, 1940, II, *Doctrine*, p. 73.
- Henri LEFAIVRE : La responsabilité des administrateurs des sociétés anonymes en cas de faillite. *G. P.*, 1951, I, *Doctrine*, p. 34.
- Jean LEBLOND : Les pouvoirs respectifs de l'assemblée générale du conseil d'administration et du président-directeur général, et du directeur général adjoint dans la doctrine institutionnelle. *G. P.*, 1957, I, *Doctrine*, p. 29.
- R. MASSON : L'exercice par les commissaires aux comptes de leur mission de contrôle et de vérification. *Journal des Sociétés*, 1937, p. 385 et 449.
- J. MOLIÉRAC : Les modifications à apporter à la législation actuelle dans le régime des conseils d'administration. *Revue des Sociétés*, 1939, p. 137.
- RIOLLOT : L'application dans la pratique de l'article 40 nouveau de la loi du 24 juillet 1867. *G. P.*, 1946, I, *Doctrine*, p. 46.
- RIPERT : Note sous arrêt C. ap. Paris, 26 juin 1945. *Eybalin, D.* 1945, *Jurisp.*, p. 154.
- A. TUNG : L'effacement des organes légaux de la société anonyme. *D.* 1952, *Chronique*, p. 72.
- D. VEAUX : Le rôle du comité d'entreprise dans la société anonyme. *Revue Droit social*, 1948, p. 57.

III. — ÉTRANGER

A. — Allemagne

- BAUMBACH A. et HUEK A. : *Aktiengesetz*, 10^e éd., Munich et Berlin, 1959.
- Pierre BAUDOUIN-BUGNET : Le contrôle des sociétés et la protection de l'épargne en Allemagne (Réforme des bilans et Wirtschaftsprüfungs), 1934.
- Les sociétés par actions en Allemagne (loi du 30 janvier 1937). Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1939.
- Pierre BAUDOUIN-BUGNET et G. GOZARD : La direction des sociétés en France et en Allemagne, 1941.

- Roger BEAU : Etude comparative des organes de direction de la société anonyme en droit français et en droit allemand.
- Etienne CEREXHE : Le projet de réforme du droit des sociétés anonymes en Allemagne. *Revue du Marché Commun*, 1960, p. 420.
- Paul DURAND : Réflexions sur la loi fédérale allemande du 11 octobre 1962 relative à l'organisation professionnelle de l'établissement. *J. C. P.*, 1953, I, 1078.
- Roger DUROUDIER et Robert KUHLEWEIN : La loi allemande sur les sociétés par actions (Préface A. François-Poncet). Paris, Sirey, 1954.
- HERLIN : Les expériences allemandes en cogestion. *D.* 1958, p. 59 et suiv.
- Miroslav KOVARIK : Commissaires aux comptes et wirtschafsprüfer. Thèse, Paris, 1962.
- PARDES : La loi fédérale allemande du 24 mai 1951 sur la participation des travailleurs à la gestion des entreprises minières et sidérurgiques. *Rev. prat. Soc.*, 1959, p. 1.
- RAMDHON : Le contrôle des comptes en Allemagne. *Bulletin des commissaires agréés*, 1939, p. 105.
- SABATIER : Le contrôle des sociétés par actions d'après la loi allemande de 1937. *Bulletin des commissaires agréés*, 1958, p. 504.
- La participation des travailleurs à la gestion des entreprises en République Fédérale Allemande. Notes et Etudes documentaires, 24 novembre 1960, n° 2717.
- SCHLEGELBERGER, F. QUASSOWSKI, HERBIG, GESSLER et HEFERMEHL : *Kommentar zum Aktiengesetz*, 3^e éd., Berlin, 1939.

B. — Belgique et Luxembourg

- Aperçu du régime des sociétés par actions en Belgique et au Luxembourg. Paris, A. N. S. A., 1959.
- Pierre COPPENS : La responsabilité civile des organes d'administration dans les sociétés par actions. *Revue de droit international et de droit comparé*, Bruxelles, t. XXXI, 1954, p. 114-116.
- Louis FRÉDÉRICQ : *Traité de droit commercial belge*. 10 vol., 1946-1954, t. IV, V et VI, Sociétés commerciales. Gand, éd., Fechey, 1950.
- R. PIRET : L'évolution de la législation belge des sociétés anonymes, 1946.
- RESTEAU : Les sociétés anonymes devant les lois belges.
- Jean Van RYN : *Principes de droit commercial*, 2 tomes. Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1954.
- La réforme du contrôle des sociétés commerciales et l'expérience anglaise, 1945.

C. — Italie

- Aperçu général du régime des sociétés par actions en Italie. Paris, A. N. S. A., 1959.
- FRÉ G. : *Società per azioni* (art. 2325-2461), in *Commentario del codice civile* par Sciojola et Branca, 2^e éd., Bologne et Rome, 1959.
- GRAZIANI : *Diritto delle società*. Naples, 1957.
- PAHND : La réforme de la société anonyme sous le régime fasciste. Lausanne, 1937.
- SCHEGGI : *Manuale di diritto commerciale*. Rome, 1959.

D. — Pays-Bas

- Van der HEIJOLEN E. et Van der GRINTEN W. C. L. : *Handboek voor de naamloze vennootschap naar Nederlands recht*. 5^e éd., Zwolle, 1950.
- MOLENRAFF : *Principes de droit commercial néerlandais*.
- Code de commerce, Livre I, Livre III, Section III. Texte français : *Recueil de textes législatifs étrangers*. 2^e année, 1952, n° 2, p. 49 à 92.

E. — Angleterre

Serge BLIND : La présentation et le contrôle des comptes en Angleterre et en France. Thèse, 1945.

CAMERLYNCK : la loi anglaise de 1929 sur les sociétés anonymes.

E. FEDER : Le contrôle dans les sociétés anonymes anglaises.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

A. — Intérêt du droit comparé européen en matière de sociétés anonymes	1
1. Analyse générale	1
a) Généralités sur l'intérêt du droit comparé (n° 1)	1
b) Le droit comparé et les sociétés par actions (n° 2)	2
2. Buts de la présente étude (n° 3)	2
a) Sur le plan du droit français (n° 4)	3
b) Sur le plan d'une contribution à l'étude d'une société commerciale de type européen (n° 5)	3
B. — Domaine de l'étude : le contrôle de la direction des sociétés anonymes (n° 7)	4
1. — Les impératifs en présence	4
a) Objectifs d'une saine réglementation des sociétés anonymes (n° 8)	4
b) Buts du contrôle (nos 9-12)	5
— Protection des actionnaires	5
— Protection des créanciers	6
2. Précisions de terminologie	6
a) La notion de contrôle (différence avec le contrôle « mainmise » (n° 13)	6
b) Les différents aspects du contrôle en matière de société (n° 14)	7
— Contrôle externe et contrôle interne (n° 15)	7
— Le contrôle aux différents stades de la société (constitution — fonctionnement — dissolution) (n° 16)	7
— Contrôle direct des actionnaires et contrôle par des intermédiaires (n° 17)	7
Définition des limites de l'étude. Le contrôle exercé en cours de vie sociale par des fonctionnaires sociaux (n° 18)	7
c) Difficultés d'ordre linguistique (n° 19)	7
3. Esprit général (n° 20)	8
C. — Plan de l'étude	8
1. L'aspect le plus apparent du contrôle : la vérification de la comptabilité (nos 21-22)	8
2. Cette « vérification des comptes » est-elle suffisante ? (n° 23)	9

PREMIÈRE PARTIE

LE CONTROLE DES COMPTES

INTRODUCTION. — Tableau des sources législatives du droit des sociétés anonymes dans les six Etats (n° 24)	11
1. France (nos 25 à 29)	12
2. Belgique (n° 30)	14

3. Luxembourg (n° 31)	15
4. Italie (n° 32)	16
5. Allemagne (n° 33-34)	16
6. Pays-Bas (n° 35)	18
CONCLUSION (n° 36)	18

TITRE I

LE CHOIX DES CONTROLEURS DES COMPTES

INTRODUCTION (n° 37)	21
CHAPITRE I. — Nomination et révocation des contrôleurs	22
SECTION I. — <i>Nomination</i>	22
§ 1. — Analyse des différents modes de nomination (n° 38)..	22
A. — Nomination statutaire (n°s 39-40)	22
B. — Nomination par l'assemblée générale (n° 41)	23
C. — Nomination judiciaire (n°s 42 à 44)	24
D. — Solutions proposées (n°s 45-46)	24
§ 2. — Tableau synoptique (n° 47)	26
SECTION II. — <i>Révocation</i> (n° 48)	26
§ 1. — A qui appartient le pouvoir de révoquer les contrôleurs ? (n°s 49 à 53)	27
§ 2. — La révocation doit-elle être justifiée ?	28
Introduction : Evolution historique (n°s 54-55)	28
1. Les systèmes admettant la révocabilité <i>ad nutum</i> (n° 56)	28
2. Les systèmes soumettant la révocabilité à l'existence de justes motifs (n°s 57 à 60)	29
CHAPITRE II. — Les garanties exigées des contrôleurs	32
INTRODUCTION. — Impératifs en présence (n°s 61-62)	32
SECTION I. — <i>Les garanties d'indépendance et d'honorabilité</i> (n° 63)	33
§ 1. — L'indépendance des contrôleurs par rapport aux contrôlés (n° 64)	33
A. — Incompatibilités fondées sur le lien familial (n° 65).	33
B. — Incompatibilités fondées sur le lien pécuniaire (n°s 66-67)	34
§ 2. — Honorabilité des contrôleurs (n° 68)	36
SECTION II. — <i>Le garanties de compétence</i>	37
§ 1. — Analyse des solutions en présence	37
Introduction : Le modèle anglais (n° 69)	37
1. Le régime allemand (n° 70)	37
2. La solution belge (n° 71)	38
3. Luxembourg (n° 72)	39
4. Italie (n° 73)	39
5. Pays-Bas (n° 74)	40
6. France	40
a) Evolution historique (n° 75)	40
b) Décret du 8 août 1935 (n° 76)	40
c) Critère des sociétés faisant appel à l'épargne publique (n° 77)	41
d) Projet de réforme du droit des sociétés (n° 78) ..	41
§ 2. — Tableau synoptique (n° 79)	42
§ 3. — Synthèse comparative (n° 80)	43

A. — Le principe d'une distinction entre les sociétés anonymes (n° 81)	43
B. — Le critère de la distinction (n° 82)	44
1) L'importance du capital (n° 83)	44
2) L'appel public à l'épargne (n° 84)	44
C. — L'organisation professionnelle des contrôleurs des comptes (n° 85)	45
CONCLUSION. — Les personnes morales peuvent-elles être contrôleurs ? (n°s 86 à 88)	47

TITRE II

LA FONCTION DE CONTROLE COMPTABLE

INTRODUCTION. — La vérification de la régularité des comptes (n° 89) ..	49
CHAPITRE I. — L'étendue du contrôle comptable	50
INTRODUCTION (n° 90)	50
SECTION I. — Le contrôle de l'exactitude « arithmétique » des comptes (n° 100)	50
§ 1. — La présentation des comptes	50
1. Allemagne (n°s 101-102)	50
2. Belgique et Luxembourg (n° 103)	51
3. Italie (n° 104)	52
4. Pays-Bas (n° 105)	52
5. France (n°s 106-107)	52
6. Synthèse comparative (n° 108)	53
§ 2. — La vérification de l'exactitude arithmétique des comptes	54
1. Principes généraux (n°s 109 à 111)	54
2. Moyens de contrôle (n°s 112-113)	57
SECTION II. — Le contrôle de l'exactitude matérielle des comptes .	58
INTRODUCTION (n°s 114-115)	58
§ 1. — Les vérifications quantitatives (Six pays) (n°s 116-117)	59
§ 2. — Les vérifications qualitatives (Six pays) (n° 118) ..	60
CONCLUSION (n° 119)	61
CHAPITRE II. — Les résultats du contrôle comptable	62
INTRODUCTION (n° 120)	62
SECTION I. — <i>Les rapports généraux</i>	62
§ 1. — Leur contenu (n° 121)	62
1. Angleterre (n° 122)	62
2. Allemagne (n° 123)	63
3. Belgique et Luxembourg (n° 124)	64
4. Italie (n° 125)	64
5. France (n° 126)	64
§ 2. — Le destinataire du rapport (n°s 127-128) (Six pays) ..	65
SECTION II. — <i>Le rapport spécial de l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867 en droit français</i>	66
§ 1. — Principe et contenu (n° 129)	66
1. Les conventions soumises à l'article 40	66
a) Difficultés d'interprétation (n° 130)	66
b) Qui doit opérer la discrimination ? (n° 131)	67
2. Contenu du rapport (n° 132)	68

3. L'avant-projet de loi portant réforme du droit des sociétés (n° 133)	68
§ 2. — Raisons de l'absence d'une telle disposition dans les législations étrangères (n° 134)	69
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE (n°s 135-136).....	71

DEUXIÈME PARTIE

LE CONTROLE DE LA GESTION

INTRODUCTION (n°s 137-138)	73
----------------------------------	----

TITRE I

ANALYSE DES SYSTÈMES EN PRÉSENCE

INTRODUCTION (n° 139)	75
-----------------------------	----

CHAPITRE I. — Les systèmes « cumulatifs »	76
---	----

INTRODUCTION (n° 140)	76
-----------------------------	----

SECTION I. — <i>Les législations belge et luxembourgeoise</i> (n°s 141 à 143)	76
---	----

SECTION II. — <i>Le régime italien</i> (n°s 144-145)	77
--	----

SECTION III. — <i>La solution hollandaise</i>	78
---	----

CONCLUSION (n°s 150 à 152)	79
----------------------------------	----

CHAPITRE II. — Le régime allemand	81
---	----

INTRODUCTION (n°s 153 à 155)	81
------------------------------------	----

— Observation préalable : le contrôle exercé par les Wirtschaftsprüfer est un contrôle purement comptable	81
---	----

— Principes généraux de l'administration de la société par actions allemande	82
--	----

SECTION I. — <i>Mission et pouvoirs du conseil de surveillance</i>	82
---	----

§ 1. — Mission générale de surveillance	82
---	----

Introduction (n° 156)	82
-----------------------------	----

1. L'étendue du pouvoir de contrôle et les moyens d'investigation du conseil de surveillance (n°s 157 à 163) ..	82
---	----

2. Les résultats du contrôle exercé par le conseil de surveillance (n°s 164 à 168)	85
--	----

§ 2. — Le principe de la défense d'immixtion dans la gestion et ses atténuations	86
--	----

1. Le principe (n°s 169-170)	86
------------------------------------	----

2. Les exceptions légales (n°s 171 à 175)	87
---	----

3. Le rôle réel du conseil de surveillance (n°s 176 à 178) ..	88
---	----

§ 3. — Le conseil de surveillance et le projet de réforme du droit des sociétés en Allemagne (n° 179)	89
---	----

1. Accroissement du rôle de l'Aufsichtsrat (n°s 180-181) ..	89
---	----

2. Evolution vers une certaine participation à la gestion (n°s 182-183)	90
---	----

SECTION II. — <i>Composition de l'Aufsichtsrat</i>	91
--	----

INTRODUCTION (n° 184)	91
-----------------------------	----

§ 1. — Les garanties dans le choix des membres du conseil de surveillance (n°s 185 à 188)	91
---	----

§ 2. — Le contrôle des travailleurs de l'entreprise (n° 189) ..	93
1. La loi du 11 octobre 1952 (n° 190)	94
2. Les lois du 25-5-1951 et du 7-8-1956 relatives à la « cogestion » dans les sociétés minières et métallur- giques (n°s 191 à 193)	95
CONCLUSION	96
CHAPITRE III. — Le régime français	97
INTRODUCTION (n°s 194-195)	97
— Evolution historique (n° 194)	97
— Le principe de la distinction entre l'administration et la direction et l'absence de définition légale des pouvoirs respectifs des organes (n° 195)	97
SECTION I. — <i>L'absence apparente de contrôle de la gestion</i>	98
INTRODUCTION. — L'effacement de l'assemblée générale (n° 196)	98
§ 1. — Le contrôle des commissaires est exclusivement comptable (n° 197)	99
1. Evolution législative (n°s 198-199)	99
2. La mission générale des commissaires (n°s 200 à 206) ..	100
a) Les théories « extensives »	100
b) Le rôle exact des commissaires	101
3. Missions particulières des commissaires (n°s 207-208) .	102
§ 2. — La mission légale du conseil d'administration (n°s 209 à 211)	104
SECTION II. — <i>Le rôle réel du conseil d'administration : le contrôle de la gestion du président-directeur général</i>	105
INTRODUCTION. — Les théories en présence (n°s 212 à 214)	105
§ 1. — L'effacement des pouvoirs de gestion du conseil d'administration. Raisons de cet effacement (n°s 215 à 217)	106
§ 2. — La mission de surveillance du conseil	108
INTRODUCTION (n°s 218-219)	108
1. La responsabilité des membres du conseil pour défaut de surveillance du président-directeur général (n° 220 à 226)	108
2. Le contrôle spécial et <i>a priori</i> exercé par le conseil en vertu de l'article 40 (n° 227)	112
a) Evolution législative (n° 228)	113
b) Interprétation jurisprudentielle (n° 229)	113
Contenu de l'autorisation exigée par l'article 40 (n° 230)	113
Sanction de l'omission des formalités prévues par l'article 40 (n°s 231 à 233)	113
CONCLUSION (n° 234)	114
§ 3. — L'explication par l'histoire (n° 235)	115
1. La conception de la loi du 24-7-1867 (n°s 236-237)	115
2. Les lois du 16-11-1940 et 4-3-1943 (n°s 238 à 240)	116
3. L'arrêt Motte (n°s 241 à 243)	117
CONCLUSION (n°s 244-245)	118
SECTION III. — <i>Les garanties exigées dans le choix des adminis- trateurs</i>	119
§ 1. — L'indépendance par rapport à la direction (n° 246) ..	119
§ 2. — L'honorabilité (n° 247)	120
§ 3. — La compétence ? (n° 248)	120
SECTION IV. — <i>La participation des travailleurs au contrôle de la gestion</i>	121
§ 1. — Les comités d'entreprise (n°s 249 à 251)	121
§ 2. — L'avant-projet de loi portant réforme du droit des sociétés (n° 252)	122
CONCLUSION DU TITRE I (n° 253)	124

TITRE II

SOLUTIONS PROPOSÉES

INTRODUCTION (n° 254)	125
CHAPITRE I. — De l'opportunité d'un contrôle de la gestion.....	126
INTRODUCTION (n° 255)	126
— Rappel des impératifs en présence	126
— L'évolution de la nature juridique des rapports entre les différents pouvoirs au sein de la S. A. dans l'ensemble des pays considérés	126
SECTION I. — <i>L'insuffisance du contrôle purement comptable</i>	127
INTRODUCTION (n°s 256-257)	127
— La conception des pouvoirs de la direction (n° 256)	127
— Le domaine du contrôle des comptes (n° 257)	127
§ 1. — Le contrôle comptable ne permet que de vérifier la régularité de certains actes de la direction (n° 258)	128
§ 2. — La vérification comptable n'est qu'une vérification <i>a</i> <i>posteriori</i> (n° 259)	128
SECTION II. — <i>De l'effacement à l'exclusion du contrôle exercé par l'assemblée générale</i> (n° 260)	129
CONCLUSION (n° 261)	130
CHAPITRE II. — De l'opportunité de la désignation de contrôleurs de la gestion distincts des contrôleurs des comptes	131
INTRODUCTION (n° 262)	131
SECTION I. — <i>La spécialité du contrôle des comptes par rapport au contrôle de la gestion</i> (n° 263)	131
§ 1. — Les techniques du contrôle des comptes (n° 264) ..	132
§ 2. — Les techniques du contrôle de la gestion (n° 265) ..	132
SECTION II. — <i>De la spécialité des fonctions à la spécialité des compétences</i> (n° 266)	133
CONCLUSION (n° 267)	133
CONCLUSION DU TITRE II (n°s 268-269)	135

CONCLUSION GÉNÉRALE

— Les deux stades du problème (n°s 270-271)	137
— La distinction nécessaire selon l'importance des sociétés (n° 272)	138
— Au-delà des réformes législatives ; l'esprit dans lequel elles sont appliquées (n°s 273 à 275)	138
BIBLIOGRAPHIE	141

